

UNIVERSITÉ DE LYON -- FACULTÉ DE DROIT

LA LOI
ET
le Suffrage Universel

ESSAI CRITIQUE ET CONSTRUCTIF

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(ÈS SCIENCES ÉCONOMIQUES ET POLITIQUES)

SOUTENUE DEVANT LA

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

Le 8 Juillet 1921, à 14 heures 1/2

PAR

ROBERT PONCEAU

Ancien professeur de philosophie au Lycée d'Annecy

Diplômé d'Etudes supérieures

Docteur en Droit (Sciences Juridiques)

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE ARTHUR ROUSSEAU

14, rue Soufflot et rue Toullier, 13

1921

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE LYON

FACULTÉ DE DROIT

PROFESSEUR HONORAIRE

M. APPLETON (Charles), *, I. **, professeur honoraire.

PROFESSEURS TITULAIRES

MM. JOSSERAND, I. **, doyen, professeur de Droit civil.
APPLETON (Jean), *, I. **, ✕, professeur de Droit administratif.
ANTONNELLI, *, I. **, professeur d'Histoire des Doctrines économiques.
BOUVIER (E.). I. **, professeur de Science financière et de Législation française des finances.
BOUVIER-BANGILLON, I. **, professeur de Procédure civile.
COHENDY A. **, chargé de Cours de Droit commercial.
GARRAUD, *, I. **, ✕, Correspondant de l'Institut, Professeur de Droit criminel.
GONNARD, I. **, professeur d'Economie politique.
HUVELIN, I. **, professeur de Droit romain.
LAMBERT A. **, professeur d'Histoire générale du Droit français.
LAMEIRE, I. **, professeur d'Histoire de Droit public et de Droit administratif.
LÉVY, *, I. **, professeur de Droit civil.
PIC (Paul), I. **, O. *, professeur de Droit international public et de Législation industrielle.
PICARD, A. **, professeur de Droit civil.
PERROUD, professeur de procédure civile.

BECQ (J.), I. **, secrétaire de la Faculté.

MEMBRES DU JURY :

Président. : M. BOUVIER.

Assesseurs : MM. LAMBERT - LAMEIRE.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LA LOI ET le Suffrage Universel

ESSAI CRITIQUE ET CONSTRUCTIF

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(ÈS SCIENCES ÉCONOMIQUES ET POLITIQUES)

SOUTENUE DEVANT LA

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

Le 8 Juillet 1921, à 14 heures 1/2

PAR

ROBERT PONCEAU

Ancien professeur de philosophie au Lycée d'Annecy

Diplômé d'Etudes supérieures

Docteur en Droit (Sciences Juridiques)

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE ARTHUR ROUSSEAU

14, rue Soufflot et rue Toullier, 13

1921



TABLE DES MATIÈRES

Introduction. — Signification de la loi	7
Chapitre Premier. — La loi et le droit naturel. La formation de l'idée moderne de loi,	13
Chapitre II. — La loi politique et le conflit des forces sociales. — Critique du principe des majorités,	31
Chapitre III. — Les lois sociales objectives et la loi politique.	49
Conclusion	67

INTRODUCTION

Signification de la loi.

Il y a des idées qu'il semble impossible de faire entrer entièrement dans le cadre restreint d'une définition. Elles nous sont familières; nous en usons à chaque instant, souvent sans apercevoir, quelquefois sans soupçonner même, la diversité et les difficultés qu'elles comportent. Mais nous nous trouvons fort embarrassés dès qu'il s'agit de préciser leur contenu par une formule, qu'elles débordent toujours de quelque côté.

Peu de termes assurément sont mieux faits que celui de « loi » pour suggérer de semblables réflexions. On a pu dire¹ que, de toutes les définitions proposées par des juriconsultes illustres ou au moins remarquables, aucune n'est à l'abri de toute critique. Les unes sont vagues et sans portée, les autres fort incomplètes; d'autres enfin impliquent cercle vicieux, car tantôt, par exemple, la loi est définie par le pouvoir législatif, tantôt inversement le pouvoir législatif est défini par la loi.

Bien plus : même si l'on arrive à dissiper par le choix judicieux des mots toute obscurité sur ce sujet délicat,

¹ *Revue critique de légisp. et de jurisp.*, 1897. *La véritable notion de la loi et la loi annuelle des finances*, par MM Bouvier et G. Jézé, p. 381 et 427.

il nous semble encore presque impossible que l'on parvienne à l'unité d'une définition. Car la loi peut être envisagée sous plusieurs aspects, et logiquement à chacun d'entre eux doit correspondre une définition particulière. On serait assez fondé, croyons-nous, à distinguer ainsi trois aspects différents du problème. Et en effet on peut prendre la loi :

1^o Ou bien dans sa formule même et en la considérant pour ainsi dire de l'extérieur.

2^o Ou bien au point de vue de son rôle social.

3^o Ou bien enfin dans son rapport avec les conceptions politiques dont dépend sa signification générale.

Sous le premier aspect, la loi sera définie (comme beaucoup de juristes se contentent de le faire), uniquement par la forme. On dira que la loi est l'aboutissement d'une procédure déterminée par la constitution de chaque Etat. En particulier pour la France, cette procédure comprend comme on sait trois actes successifs : 1^o Le vote de l'une des deux chambres (celle des députés ou celle du sénat). 2^o Le vote conforme de l'autre chambre. 3^o La promulgation par le Président de la République. — On aperçoit aisément que c'est là une description toute formelle, beaucoup plutôt qu'une définition véritable. L'obscurité du concept de loi, ne se trouve nullement dissipée. Pour cette raison même le procédé est sans doute commode, mais il ne donne comme résultat qu'une simple indication.

La seconde manière de définir la loi présente au contraire le plus grand intérêt; et nous croyons fermement que seule elle répond aux exigences de la science juridique pure. Définir la loi par son rôle c'est, suivant l'heureuse expression de M. le professeur Emile Bouvier dans l'article déjà cité, en indiquer la « *fonction* » sociale. Cette fonction est complexe. Elle consiste d'abord, dit M. Bouvier, à *créer le droit*. En second lieu la loi institue une *sanction*¹, c'est-à-dire organise des mesures coercitives pour assurer le respect du droit. Enfin la loi pose une règle *permanente*

1 *Op. cit.*, p. 391. Ceci n'est d'ailleurs strictement vrai que pour la *lex perfecta*. Nous laissons de côté la question de la *lex imperfecta*.

et *générale* dans le temps et dans l'espace; car pour un temps illimité et dans les limites du territoire national, elle régit tous les individus.

En conséquence, pour parvenir à une formule scientifique de la loi : « il faut, dit M. Bouvier, faire comprendre qu'elle est quelque chose de primordial, de préalable au règlement, une règle fondamentale supérieure dont le règlement n'est que la conséquence et la réglementation, qu'il est, lui, quelque chose d'absolument subordonné à la loi et n'ayant en quelque sorte pas d'originalité. La base en est dans la loi; c'est elle qui en est le point d'appui nécessaire¹ ». On s'exprimera donc ainsi : « La loi est la règle primordiale et fondamentale régissant les rapports sociaux dans l'intérieur de l'Etat d'une façon générale et permanente (ou perpétuelle).² »

Si l'on prend la loi comme déjà donnée, achevée, au moment où il n'est plus question que de l'appliquer — point de vue en effet de sa fonction sociale — les résultats de cette analyse nous paraissent définitifs. On peut toutefois pour définir la loi se placer à un autre point de vue — le troisième — celui que nous avons appelé politique. Il faut alors se demander ce qu'est la loi au moment où elle se fait et pour ceux qui la font. Le but n'est plus ici de rechercher une formule d'une rigoureuse exactitude scientifique. Il s'agit bien plutôt d'examiner les conceptions admises le plus ordinairement par le citoyen ou l'homme politique. La formule célèbre, contenue dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « La loi est l'expression de la volonté nationale », serait sans aucun doute, comme définition scientifique, bien difficile à admettre. Il est même vraisemblable qu'elle peut conduire à un cercle vicieux³. Mais à nos yeux c'est moins une définition qu'un principe, et même le principe fondamental de notre organisation politique actuelle. A ce titre nous accepterons — au moins provisoirement — cette formule pour

1. *Op cit*, p 440.

2. *Ibid*

3. Voyez article cité, p. 390.

l'examiner, en tirer les conséquences et en scruter la valeur

Et, en effet, l'homme politique prend aujourd'hui ce principe pour la mesure de la vérité. A-t-il à voter une loi ? La question qu'il se pose est celle-ci : « Quelle est ma *volonté* sur ce sujet ? » Ou encore (s'il se souvient d'être le représentant de la collectivité) « Quelle est la *volonté* de la nation ? » Ou enfin, et plus simplement (si c'est un homme avisé et prudent), « Quelle est la *volonté* de mes électeurs ? » Et d'après les principes de notre constitution actuelle, d'après la logique du suffrage universel non seulement il *peut* se poser cette question, mais il le *doit*. Il est donc nécessaire de voir quelle est la valeur, quelle est la signification de cette conception politique de la loi. Celle-ci doit-elle être vraiment un acte de volonté ? La loi règle l'organisation sociale. Mais cette organisation ne dépend-elle pas en partie de lois sociales objectives sur lesquelles la volonté n'a pas de prise directe ? Voilà notre sujet.

M. Duguit dans son ouvrage : l'Etat, le droit objectif et la loi positive, donne cette définition de la loi : « La loi positive est l'acte par lequel les gouvernements constatent et formulent une règle de droit préexistante¹ ». Or cette définition nous semble exprimer moins ce qui est que ce qui devrait être. En fait la loi, au point de vue politique, n'est pas regardée comme l'expression d'une règle de droit préexistante, mais tout au contraire, nous venons de le montrer, comme une décision souveraine de volonté. Inexacte à cet égard, la définition de M. Duguit nous semble toutefois excellente en ce qu'elle montre implicitement ce qu'il y a de faux dans la conception de la loi comme expression de la volonté nationale. Et bien volontiers nous admettrons en conclusion de nos recherches que la loi *devrait* avant tout se préoccuper de constater et de formuler les règles du droit objectif préexistant, c'est-à-dire de déterminer et de suivre les lois sociales qui gouvernent les faits sociaux, comme d'autres lois régissent les faits d'ordre physique, chimique ou biologique.

1. P. 466, V. égal, p. 470.

Ce n'est pas d'ailleurs que nous adoptions la doctrine du « laissez faire » préconisée par les économistes libéraux et optimistes. L'intervention du législateur dans les questions sociales nous paraît tout-à-fait légitime. Mais il ne peut intervenir d'une façon efficace, croyons-nous, qu'en tenant compte des lois sociales dont nous venons de parler. Dans toute autre hypothèse ses efforts seraient frappés par avance de stérilité, et dangereux peut-être pour ceux mêmes que l'on voudrait secourir.

Nous montrerons donc tout d'abord comment la notion de la loi, comme expression de la volonté nationale, s'est progressivement dégagée et constituée. Ce sera notre premier chapitre. Puis nous nous demanderons quels sont dès lors le sens, la portée, la valeur de la loi ainsi comprise. Ce sera le second chapitre. Enfin, ces prémisses posées, il conviendra, dans le troisième et dernier chapitre, de rechercher si la loi, expression de la volonté nationale, peut suffire à tout. Le résultat de cet examen sera de reconnaître la sphère dans laquelle la volonté nationale peut s'exercer avec légitimité. Ainsi apparaîtront les limites qu'il est sage et scientifiquement nécessaire de lui imposer. Enfin l'esquisse d'une organisation sociale et politique qui nous permettrait de mieux connaître et de mieux utiliser les lois sociales objectives, suffira à remplir notre dessein.

CHAPITRE PREMIER

La loi et le droit naturel. — Formation de l'idée moderne de la loi.

Le conception que les anciens se faisaient de la loi était fort différente de celle qui, depuis plus d'un siècle, s'est développée parmi nous. D'une part les anciens ont toujours admis à côté de la loi plusieurs autres sources du droit (la coutume notamment). Et d'autre part à Rome et même en Grèce, la loi n'a jamais été regardée uniquement comme une émanation de la volonté des citoyens.

Que tout d'abord il y ait eu à Rome, plusieurs sources de droit distinctes de la loi, rien n'est plus facile à établir. La loi est définie dans un sens étroit par les *Institutes* de Justinien¹ comme un ordre du peuple pris dans son ensemble *ab universo populo jubebatur*. Le plébiscite est un ordre de la plèbe seulement *a plebe tantum*. Aussi n'était-il au début valable que pour la plèbe. Mais une loi Hortensia vint lui accorder la même étendue d'application qu'à la loi elle-même. Le senatus-consulte, simple avis à l'origine devient plus tard un ordre du Sénat, *quod senatus jubet*. On peut encore regarder comme des lois les Constitutions

1. *Institutes*, liv. I, tit. II, *De jure naturali gentium et civili*.

impériales. Telles sont les formes antiques de ce qu'aujourd'hui dans un sens large nous appelons la loi. Nous rechercherons plus loin le sens qu'il faut donner au mot « ordre » dans les formules que nous venons de citer. Pour le moment contentons-nous de remarquer qu'en dehors de ces sources du droit, il y en a d'autres : les édits des magistrats, les Réponses des Prudents et le droit non écrit c'est-à-dire la coutume et l'usage.

Or, si la coutume et l'usage ne peuvent se former sans l'approbation et l'acceptation tacites du plus grand nombre des citoyens, ils naissent cependant de la vie et du commerce juridiques mêmes, et des besoins journaliers. On sait quelle importance on a toujours à Rome donnée à la coutume, au (*mos majorum*). Les édits des magistrats, qui avaient eux aussi leur véritable origine dans les exigences de la vie sociale, ne jouèrent pas un rôle moins considérable dans la formation du droit romain; car ils eurent pour objet d'abord de combler les lacunes du droit civil c'est-à-dire des lois, — puis sous prétexte d'interprétation, de les corriger et de les modifier. Quant aux Réponses des jurisconsultes — pour montrer leur influence, il suffit de remarquer qu'elles forment en totalité, ou presque — les cinquante livres du *Digeste* de Justinien; pour mettre en lumière le caractère des principes qui les inspirent, il suffit de rappeler que l'œuvre des jurisconsultes romains est ordinairement tenue pour l'expression de la « raison écrite ».

En somme c'est surtout par la coutume, les édits prétoriens et les avis des jurisconsultes que s'est constitué le droit romain. L'influence de la loi s'est ainsi trouvée assez restreinte. Sauf la loi des XII tables (dont les dispositions étaient fort insuffisantes), il n'y eut pas dans l'antiquité romaine de système de lois cohérent. Il en est ainsi même aux derniers temps de la République. Et bien des siècles après que l'Empire eut succédé à la République, la preuve de cette sorte d'infériorité est encore visible. puisque Justinien, en dehors des codes où se trouvent réunies les Constitutions de ce prince et celles de ses devanciers, crut bon de faire rédiger sous forme d'extraits des grands jurisconsultes, les *Pandectes*, œuvre capitale.

Dans les démocraties grecques, où l'assemblée du peuple eut un si grand pouvoir, la part de la loi fut-elle plus large ? On le pense généralement et pour Athènes surtout. « C'est un lieu commun, dit M. Duguit ¹, d'exalter la liberté antique ; et on nous a souvent représenté la cité grecque comme ayant su réaliser, plus de deux mille ans avant la Révolution française, l'idéal de la liberté individuelle ». Cependant si l'on accepte les suggestions de Ihering sur l'étymologie des mots qui servirent en Grèce et à Rome à désigner les règles du droit, on sera semble-t-il bien tenté de mettre en doute l'exactitude de cette idée. Le mot latin *jus* a pour racine sanscrite *ju* dont le sens est « lier » comme il apparaît bien par les mots latins *jugum*, *jumentum* et jusque dans le terme français *jus*, c'est-à-dire *sauce* (ce qui sert à lier).

Le droit est donc pour les Romains ce qui s'impose à l'ensemble des citoyens et mieux encore ce qui sert à les lier entre eux pour former la cité. — En grec *δίκη* a pour origine sanscrite *dic* dont le sens est « montrer ». La *δίκη* au sens précis c'est par suite la mode, la manière d'être, la coutume. Quant à *νόμος*, il dérive, semble-t-il, de *nēm* « partager » d'où *νέμειν*. C'est la règle d'après laquelle chacun est partagé ². Ainsi le droit à Rome fait une part plus large à la volonté ; le droit en Grèce une part plus large à la coutume et au Destin.

Sans doute les inductions que l'on peut tirer d'une étymologie n'ont rien de tout à fait décisif. Mais l'étymologie se trouve ici corroborée, comme on le verra bientôt, par les définitions que les orateurs et les penseurs de la Grèce, ont données de la loi. D'ailleurs malgré l'extension prise par la loi dans quelques cités grecques, il ne faut pas oublier quelle était, même à Athènes l'importance des *νόμοι ἄγραφοι* des lois non écrites, c'est-à-dire de la coutume et des principes purement rationnels. Ces termes reviennent fréquemment aussi bien chez les historiens (comme Thu-

1. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 475.

2. Ihering, *Esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, 1877, t. I, p. 219 note 165. — V. égal' pour *νόμος* et *νέμεις*, M. Huvelin, *Les tablettes magiques et le droit romain*

cydide) que chez les orateurs (comme Démosthène) et les écrivains philosophiques (comme Xénophon et Platon).

On peut en conclure que ni à Rome ni même, en dépit des apparences, dans les démocraties grecques, la loi n'a obtenu cette prééminence, cette influence exclusive que l'on est tenté de lui donner à notre époque, où l'ambition des juristes s'est longtemps bornée à l'interprétation des textes de la loi, éclairée par l'étude des travaux préparatoires et de la discussion devant les Chambres, pour mieux pénétrer l'intention qui a présidé à la confection et au vote de la loi.

Cette dernière conception est en effet la conséquence d'une idée toute moderne : la loi nous apparaît comme l'émanation d'une volonté nationale se déterminant elle-même. Il est inutile qu'elle cherche en dehors de là des principes pour se diriger et se justifier. Et puisque cette volonté nationale est souveraine, le droit est subordonné à la loi, disons mieux : est absorbé par elle. Entre le droit et la loi il ne subsiste plus guère que la différence de la partie au tout : car le droit pourrait alors se définir comme l'ensemble des lois votées et promulguées. — Chez les anciens, tout au contraire la prééminence appartient au droit et non pas à la loi. La loi se trouve subordonnée au droit en ce sens du moins que l'on voit en elle comme dans le droit lui-même l'expression de la raison universelle. *Ce qui l'emporte ici, ce n'est pas l'idée de volonté, mais tout au contraire celle de raison.* Le sens de cette opposition, que nous tenons pour capitale, deviendra plus clair lorsque nous aurons exposé quelques unes des formules par lesquelles les écrivains grecs et latins ont montré ce que la loi était pour eux. Nous serons ainsi conduit à faire la théorie du droit naturel — chez les stoïciens en particulier.

* * *

Dès la première partie du iv^e siècle avant J.-C., Platon — en vue de réfuter les arguments des rhéteurs et des sophistes pour qui le droit a la force pour unique principe — ne craint pas d'affirmer que la loi est une expression de la rai-

son, du *vovs*. Par là il ne fait, semble-t-il, que suivre et développer les enseignements de son maître, Socrate. « Notre devoir, dit-il notamment dans les *Lois*, est... de confier la direction de notre vie publique et privée à la partie immortelle de notre être, et, *donnant le nom de lois aux préceptes émanés de la raison*, de les prendre pour guides dans l'administration des familles et des États¹ ». Sans être toujours aussi clairement énoncée, cette idée est présente dans tous les dialogues platoniciens qui touchent à la politique². Si donc, comme le remarque avec raison M. Duguit, la loi est pour Platon « la règle générale et abstraite formulée par l'État³ » elle n'en est pas moins aussi, et surtout, — dans son essence, — la règle formulée par la raison. La connaître et la dégager est l'objet d'une science véritable (*ἐπιστήμη*) savoir la Politique telle que Platon la conçoit.

Aristote dont les tendances, comme on sait, sont plus positives et l'esprit plus pratique, donne de la loi la même formule avec une précision peut-être encore plus grande. « Celui, dit-il, qui ordonne l'obéissance à la loi, ordonne, semble-t-il, l'obéissance à la raison⁴ ». Et quelques mots plus loin : « La loi, dit-il, c'est la raison même dépouillée des tendances de la sensibilité⁵ » — Sans doute « la loi est conçue par Aristote comme... la formule d'une règle de conduite qui s'impose à tous, d'une règle générale et abstraite⁶ ». Mais ce caractère n'est au fond qu'une conséquence. La raison en effet est la même dans tous les hommes et s'applique également à tous, sans distinction entre les individus. *La loi est une règle générale et abstraite parce qu'elle est l'expression de la raison.*

On trouve dans Démosthène, contemporain d'Aristote une conception de la loi un peu différente au premier abord,

1. Platon, *Lois*, liv. IV (trad. Schwalbé, p. 252).

2. Voir surtout le *Gorgias* (discussion avec Calliclès qui soutient la thèse naturaliste des sophistes et des rhéteurs).

3. Duguit, *op. cit.*, p. 480. V. égal. Dareste, *La science du droit en Grèce*

4. Aristote, *Politique*, III, XI : ὁ μὲν οὖν τὸν νόμον κελεύων ἄρχειν δοκεῖ κελεύειν ἄρχειν τὸν νοῦν...

5. *Ibid.*, ἀνευ ὁρέξεως νοῦς ὁ νόμος ἔστι.

6. Duguit, *op. cit.*, p. 480.

mais qui nous semble comporter des conclusions analogues. Il s'agit d'un passage cité par Marcien, et que les compilateurs des *Pandectes* ont emprunté à cet auteur : « L'orateur Démosthène donne cette définition :... La loi est une découverte et un présent des dieux. C'est aussi une décision des hommes sages qui remet dans le droit chemin ceux qui commettent des fautes volontaires ou non. C'est une convention conclue entre les membres de la cité et qui doit régler la vie de tous¹ ». La loi selon Démosthène a donc une double origine : elle est un don des dieux et elle est aussi une décision des hommes sages. A la fois divine et humaine, ne doit-elle pas être regardée comme une expression de la raison ? Les hommes sages qui font la loi, ne doivent-ils pas avant tout chercher l'inspiration divine ? La loi n'est donc plus seulement l'expression de la volonté des citoyens. Pour bien comprendre sa signification dans l'esprit des anciens, il ne faut pas oublier l'importance de la religion et même de la superstition dans le détail de leurs actions journalières, et à plus forte raison dans les actes de leur vie publique. Pour eux la loi est avant tout l'expression de la volonté divine, et, comme les dieux sont toute raison, la loi doit être avant tout un acte de la raison.

Cette conception de la loi qui semble avoir été générale chez les Athéniens, est sans doute le principe d'où sont partis les stoïciens pour édifier toute leur théorie de la loi. On sait en effet combien, malgré le caractère paradoxal de certaines de leurs doctrines, les Stoïciens se sont montrés soucieux d'emprunter les premiers éléments de beaucoup de leurs idées aux croyances populaires. C'est que leur philosophie n'était pas seulement spéculative, mais aussi active et pratique. Certains parmi eux ont cherché à conquérir une influence sur la politique et les affaires publiques de leur temps, et, dans une certaine mesure, ils y sont parvenus. Or les Stoïciens ont été les théoriciens les plus remarquables de cette doctrine du « droit naturel » qui fut en faveur dans l'antiquité, et dans

1. Marcien, l. II, D. I, 3, *Nam et Demosthenes orator sic definit...* Πᾶς ἔστι νόμος εὐρημα μὲν καὶ δῶρον θεοῦ,

les temps modernes presque jusqu'à la veille de la Révolution française. Cette doctrine fut-elle particulière aux Stoïciens ? C'est peu vraisemblable. Les Stoïciens n'ont fait sans doute que lui donner un plus haut degré de systématisation et tirer les conséquences extrêmes de notions déjà présentes à la conscience populaire. Elle se rattache sans aucun doute aux traditions les plus puissantes de l'antiquité — Socrate, Platon, Aristote en définissant la loi comme une expression de la raison, avaient eux-mêmes suivi ces traditions. Et les Stoïciens n'eurent plus qu'à s'avancer résolument dans une voie toute tracée.

Pour les Stoïciens le droit est naturel d'abord en ce sens qu'il consiste dans un λόγος ὀρθὸς προστακτικὸς καὶ ἀπαγορευτικός — c'est-à-dire la droite raison en tant qu'impérative et prohibitive. Le λόγος est en effet au sens ordinaire qu'ils attribuent à ce mot la raison même. La nature nous donne pour ainsi dire les germes de la science *semina scientiae*. Notre esprit travaille sur ces données et par l'inférence (μετάβασις) ou l'analogie (ἀναλογία) il en tire des idées (φαντάσματα λογικά ou ἐννοήματα). C'est au nombre de ces idées que figurent, semble-t-il, les notions du juste et du droit¹. Elles dérivent donc à la fois de la nature et de la raison. Mais chez les Stoïciens, comme on sait, ces deux notions de nature et de raison se trouvent presque identifiées — Vivre suivant la nature (κατὰ λόγον ζῆν) et vivre suivant la raison (κατὰ φύσιν ζῆν) sont des formules équivalentes.

Le droit est naturel en un second sens parce qu'il s'applique à tous les êtres de la nature ; non seulement à la cité des hommes mais aussi aux animaux. Car le λόγος ne s'applique pas uniquement à la raison humaine : il embrasse l'ensemble de l'univers (κοσμος). Ou plus exactement la raison humaine n'est qu'une parcelle de la raison totale répandue dans l'univers. La raison universelle est un autre nom de cette nécessité logique (εἰμαρμένη) qui domine tous les êtres.

1. Cf. Cicéron, *De Finibus*, III. — Sénèque, *Episto.* 120, 4. Diogène Laërte (dont toutefois la classification est un peu obscure. Mais il serait inutile d'entrer ici dans les détails de l'érudition).

Ainsi la loi (νόμος) se déduit de la nécessité universelle (ἐπιμαρμένη)¹. Ulpien n'expose donc pas, quoi qu'on en dise souvent², une conception personnelle en définissant le droit naturel comme il le fait dans un passage rapporté aux Pandectes³ : « *Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit. Nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae conjunctio quam nos matrimonium appellamus : hinc liberorum procreatio, hinc educatio : videmus etenim caelera quoque animalia, feras etiam, istius juris perita censi* ». Cette idée est bien stoïcienne d'origine. Elle s'accorde admirablement avec la théorie de l'ἐπιμαρμένη et de la συμπάθεια universelle qui lie tous les êtres de la nature et les fait dépendre les uns des autres.

Enfin le droit est pour les Stoïciens naturel en un troisième sens, le plus important peut-être. Le monde est conçu par eux comme une vaste cité où les hommes ont pour concitoyennes les étoiles⁴. Toute la terre ou pour mieux dire l'univers est une seule ville gouvernée par la puissance des dieux⁵. Bien plus cette ville est commune aux dieux et aux hommes⁶. *Entre les hommes et les dieux il y a communauté de lois et de droit*. La raison (le λόγος) règne à la fois sur les uns et sur les autres. Et avec la raison, la nécessité logique (ἐπιμαρμένη).

Les Stoïciens ont donc compris la loi comme rationnelle, universelle et divine. Ces trois caractères sont pour eux si bien liés qu'ils se déduisent les uns des autres. La loi est sans doute un commandement. Mais ce n'est pas une simple décision des hommes. Elle remonte à la volonté divine. Et comme cette volonté est une nécessité rationnelle la loi doit être tenue à la fois comme une manifestation de la raison et de la nécessité.

1. Cf. Alex, *De Fato*, 35. — Gercke, frag. Chrys., 137.

2. V. not. Petit *Traité de droit romain*, n° 6, II a (1913, p. 6).

3. Ulpien, l. I, à 3 D. *De just. et jur.*, I, 1.

4. Plut., *Adv. Sto.*, 34, 6, 1076. — Cic., *Parad.*, 2.

5. Cic., *Fin.*, III, 19, 64. — M.-Aur., XII, 30.

6. *Ibid.* V. égal. Cic., *Lég.*, 723.

De la Grèce, cette conception de la loi s'est étendue aux jurisconsultes romains. Cicéron a pu y contribuer pour une part; car bien qu'il ne soit pas un adepte de la philosophie stoïcienne, et qu'il préfère la nouvelle académie, il semble accueillir sans réserve les formules que les stoïciens avaient données au droit naturel. « *Est igitur* (lisons-nous dans le *De legibus*) *quoniam nihil est ratione melius, eaque et in homine et in deo, prima homini cum deo rationis societas. Inter quos autem ratio, inter eosdem etiam recta ratio communis est*¹. » C'est que cette idée n'est pas seulement celle des philosophes mais celle de toute l'antiquité. Les philosophes se sont bornés à l'exprimer avec plus de clarté et de force sans rien modifier d'essentiel toutefois de ce qu'elle était dans la conscience populaire.

Les anciens n'ont donc pas comme nous regardé la loi comme l'expression de la volonté des citoyens. Bien que votée par l'Assemblée du peuple ou admise par l'adhésion tacite des membres de la cité, la loi pour eux conserve quelque chose de divin. Elle n'est pas une décision de la volonté mais une reconnaissance de la raison. Par la loi, ce ne sont pas les citoyens qui commandent mais la raison et la divinité. Pour que cette conception ancienne disparût et fit place à celle dont la Révolution française s'est inspirée, il fallait non seulement une évolution profonde dans les idées et les esprits, mais encore une transformation complète du milieu social. Il convient maintenant de marquer les traits principaux de cette transformation et de rechercher les conditions nécessaires à l'avènement de l'idée de loi telle que nous la comprenons depuis la fin du XVIII^e siècle.

* * *

La première de ces conditions est l'existence d'une nation et la formation d'une conscience nationale. Voilà ce qu'il y a d'incontestable dans les théories qui fondent la

1. Cicéron, *De legib.*, I, VII,

loi sur la conscience collective. Il faut que l'unité nationale devienne tellement profonde qu'elle *ne soit pas seulement une unité de défense mais une unité d'action*. Or, les cités anciennes ne réalisaient qu'assez incomplètement cette dernière forme d'unité. Et voilà bien pourquoi l'on a pu dire que l'idée de patrie était toute moderne et n'avait pas trouvé place dans la pensée antique. Il en fut ainsi de même à Rome où pourtant l'attachement à l'intérêt public (*à la res publica*) était l'une des vertus les plus célébrées. Mais les conquêtes incessantes de Rome et l'incorporation toujours renouvelée de peuples nouveaux, avait pour résultat de rompre constamment l'équilibre. En France l'idée moderne de la loi n'a pu se faire jour qu'après la formation de l'unité nationale. On sait comment cette unité s'est graduellement constituée par les efforts persévérants des Capétiens pour rassembler entre leurs mains et sous leur pouvoir les fiefs et seigneuries entre lesquels était partagé jusqu'alors le territoire de la France.

La seconde condition pour la formation de l'idée moderne de loi, consiste dans le développement du principe d'autorité. Il faut en effet que *l'on arrive à prendre la loi surtout comme un ordre*. Et pour que cette notion devienne claire, il faut également que l'autorité s'exerce aux yeux de tous par des actes qui s'imposent à l'attention, par le commandement en quelque sorte externe d'un empereur ou d'un roi. La loi prise comme un commandement du prince, s'imposant de l'extérieur *non pas au nom de la raison humaine, mais au nom de la raison d'Etat*, la loi prise *comme acte pur de la volonté* est un stade nécessaire vers la formation de l'idée moderne de la loi. Le principe d'autorité s'était déjà développé au Bas Empire. « *Quidquid principi placuit legis habet vigorem* » disent les Institutes de Justinien¹. Les fonctionnaires impériaux envoyés dans les provinces représentent la personne de l'Empereur et le principe de l'autorité centrale. Les Constitutions apparaissent comme

1. Institutes, I, II

la manifestation de la volonté impériale. Mais les invasions surviennent. Si quelques Constitutions restent encore en vigueur perpétuant le souvenir de l'autorité impériale, que les rois barbares cherchent d'abord à exploiter à leur profit, — bientôt le pouvoir royal s'affaiblit et pour maintenir l'ordre social, se constitue un régime politique très différent, la féodalité. L'autorité morcelée à l'infini tend à disparaître. Il fallait que ce principe fût reconstitué.

Cette œuvre fut parallèle à celle de la formation nationale. Elle fut accomplie par les mêmes moyens et les mêmes hommes : ce sont encore les rois de la dynastie capétienne qui entreprirent cette œuvre et la menèrent à bien. Alors reparaît la formule du Bas-Empire : « *Quidquid principi placuit legis habet vigorem* » — « Si veut le roi, si veut la loi » disent nos vieux auteurs. On ne saurait exagérer l'importance de cette idée¹. La loi est regardée désormais non comme l'expression de la raison, mais comme celle d'une volonté. Le droit naturel va bientôt faire place à la loi positive.

Pour arriver maintenant à la conception moderne de la loi, il suffit de substituer à l'idée du commandement du roi, celle du commandement du peuple. L'ordre ne viendra plus de l'Etat pour être imposé aux sujets. Tout au contraire il remontera de la volonté des citoyens pour s'imposer à tous et à l'Etat lui-même : d'où une troisième condition pour l'avènement de la conception moderne de la loi, savoir : la constitution de la souveraineté nationale, c'est-à-dire du principe que les citoyens doivent pouvoir par eux-mêmes décider de leurs destinées, prendre les mesures qui concernent les intérêts communs, et former ainsi une volonté au décret de laquelle ils seront tous soumis. De toutes les conditions que nous avons énumérées, celle-ci est la plus tardive : elle ne s'est pleinement réalisée qu'au xviii^e siècle. Mais au fond, comme nous l'avons déjà indiqué, la souveraineté nationale nous apparaît seulement comme une forme nouvelle et plus subtile de l'idée d'autorité, base de la

1. M. Duguit, lui aussi, insiste sur cette idée qu'il met admirablement en lumière, op. cit. p. 487 et 489

monarchie absolue. C'est en effet en partant de la théorie de la souveraineté appliquée au pouvoir royal qu'on en vint par degrés à la théorie de la souveraineté nationale. Le développement de cette théorie en France paraît le prouver assez clairement.

C'est avec Jean Bodin au xvi^e siècle que la notion de souveraineté prend une place importante. Mais on sait qu'il la définit comme une et indivisible, et qu'il construit la théorie de la monarchie absolue et de droit divin¹. Quelques années plus tard Le Bret déclare que « les rois ne tenant leur sceptre que de Dieu seul, n'étant obligés de rendre aucune soumission à aucune puissance de la terre et jouissant de tous les droits que l'on attribue à la souveraineté parfaite et absolue, sont pleinement souverains dans leur royaume² ». Bossuet dans sa *Politique tirée de l'écriture sainte*, se place au même point de vue, exprime les mêmes idées. Or telle est précisément la doctrine de la souveraineté que les écrivains politiques du xviii^e siècle reprendront pour l'interpréter dans un autre sens, en la transportant du roi à la nation, à l'ensemble des citoyens³. Le souverain ne sera plus pour eux le roi, mais le peuple exprimant sa volonté. On sait que pour Rousseau tel est toujours le sens de ce mot⁴. La souveraineté ne sera plus un pouvoir mystérieux presque surnaturel, tirant son origine d'une permission divine — mais l'expression de la liberté des citoyens prenant une décision commune. C'est encore une entité métaphysique, certes, mais qui cette fois prend son origine sur cette terre.

Ainsi historiquement aussi bien que logiquement la loi (au sens moderne) dérive de ces trois idées : unité nationale, principe d'autorité, souveraineté c'est-à-dire liberté absolue de décision. Jusqu'à ce que ces trois idées soient sorties de l'évolution historique, qu'elles aient été élaborées par des théoriciens et qu'elles aient pénétré dans le plus

1. Jean Bodin, *Les six livres de la République*, 1576.

2. Le Bret, *De la Souveraineté*, chap. II, p. 4.

3. Comp Duguit. « La nation de la souveraineté... est une survivance de l'Etat princier. » *Op. cit.* p. 326.

4. *Contrat social passim*,

grand nombre des esprits, la loi (au sens moderne) ne sera pas possible. Et il faut qu'entre ces trois idées il y ait non pas seulement union mais fusion intime. Par suite on pourrait de la loi moderne donner cette formule : *une décision que la nation après avoir réalisé son unité et se proclamant elle-même souveraine, c'est-à-dire libre de ses actes, prend et impose par voie d'autorité*, — ou (si l'on préfère user d'un langage métaphorique) : un ordre dont la volonté nationale parvenue à l'entière possession d'elle-même, consciente de soi et de sa force, entend imposer le respect — ou enfin (en termes plus brefs mais aussi plus obscurs) : la réaction sur soi-même de la nation prise comme volonté. Toutes ces expressions sont à nos yeux équivalentes : car toutes également elles font apparaître que *la loi (au sens moderne) est un ordre qui émane non pas de la raison, mais de la volonté*.

* * *

On trouve dans l'*Esprit des Lois* de Montesquieu (œuvre qui semble marquer au point de départ pour la formation de l'idée de souveraineté nationale) un mélange d'idées assez surprenant.

Les principes acceptés par Montesquieu pour définir la loi politique, sont empruntés à l'ancienne doctrine du droit naturel. On y retrouve la conception que les Grecs et les Romains s'étaient faite de la loi, et presque jusqu'aux formules des stoiciens. Pour Montesquieu les lois sont en effet tout à la fois une émanation de la divinité et une expression de la raison. « La loi en général, dit-il, est la raison humaine en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre. et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine¹. » Et quelques pages plus haut il déclare : « L'homme comme être physique est, ainsi que les autres corps, gouverné par des lois invariables. Comme être intelligent, il

1. *Esprit des lois*, Edit. de Leyde, 1749, p. 7.

viole sans cesse les lois que Dieu a établies¹. » A s'en tenir à ces expressions formelles, la loi serait donc pour Montesquieu, tout comme pour les Anciens un commandement de Dieu et un commandement de la raison. Ainsi que la monarchie même (et peut-être à plus juste titre encore) elle serait de *droit divin*. Tout au moins elle procède de la raison répandue par Dieu dans la nature. « Il y a donc, dit-il, une raison primitive; et les lois sont les rapports qui se trouvent entre cette raison primitive et les différents êtres et les rapports de ces divers êtres entre eux² ».

Mais tout en s'appuyant sur cette doctrine du droit naturel, Montesquieu manifeste une tendance presque opposée, bien moderne celle-là. Et c'est par là qu'il ouvre la voie aux conceptions nouvelles qui feront reposer la loi sur la souveraineté et la volonté nationales. Ici nous ne rencontrons plus de sa part, il est vrai, de déclaration formelle. C'est bien plutôt dans son ensemble, et — pour reprendre son expression — dans son *esprit*, que son livre permet d'apercevoir l'éclosion d'une théorie nouvelle de la loi, théorie qui va se préciser, s'amplifier et parvenir à son achèvement dans l'espace de quelques années. On l'a dit bien des fois : Montesquieu est le précurseur de nos historiens. Il adopte déjà cette idée que tout est relatif. Ne déclare-t-il pas en effet que les lois sont adaptées aux conditions dans lesquelles elles se sont formées — qu'elles tiennent leur valeur de leur rapport avec les mœurs, le climat, la position géographique du pays³ ? Tel qu'il le déclare lui-même l'objet qu'il se propose dans son ouvrage serait « d'examiner d'abord les rapports que les lois ont avec la nature et avec le principe de chaque gouvernement⁴. » Mais il dépasse cet horizon. Il montre que tel système de lois provient de l'état social de tel peuple, de ses habitudes particulières, de sa civilisation, de ses caractères propres, — de ses sentiments et de ses traditions. On n'est pas loin ainsi de rattacher la loi à

1. *Ibid*, p. 4.

2. *Ibid*, p. 2.

3. Voir not. chap. XIV à XVII.

4. P. 8.

la volonté nationale. La conception de Montesquieu au sujet de la loi est donc complexe et présente pour ainsi dire une double face. Pour l'histoire des doctrines elle se trouve placée sur la limite des temps anciens (où la loi se rattachait au droit naturel) et des temps nouveaux (où elle sera la libre décision des peuples fixant eux-mêmes leurs destinées).

L'Esprit des Loix parut en 1748. En 1762, c'est-à-dire quatorze ans plus tard, Rousseau publie le *Contrat social*. Protestant de naissance, enfant de Genève, Rousseau avait une double raison de reprendre la thèse des monarchomaques adversaires de Bodin au xvi^e siècle : la thèse de Hotman dans le *Franco-Gallia*, et de Languet dans les *Vindiciae contra tyrannos, Sive de principis in populum populique in principem legitima potestas*. Aussi tout en s'inspirant à certains égards de Hobbes et de sa théorie sur le *Contrat social*¹, en modifie-t-il profondément le sens en transportant au peuple la souveraineté que Hobbes attribuait au monarque. Ainsi c'est dans le *Contrat social* que s'accomplit vraiment la transformation du principe de la souveraineté. Là, pour la première fois, la souveraineté se trouve nettement distinguée du gouvernement, de l'Etat, de la personne du roi — pour être accordée à la nation. Dès lors la formule moderne de la loi est trouvée. La loi ne vient plus de la volonté divine ni même de la raison humaine. Par réaction contre le rationalisme classique, qui domine encore à cette époque, Rousseau met la volonté au premier plan. Si le rationalisme subsiste encore dans son œuvre, c'est sous une forme toute nouvelle, et à peu près à la manière dont il subsistera dans les théories métaphysiques et morales de Kant¹. La *Doctrine du droit* pourrait à certains égards (même quand le droit s'y trouve défini l'équilibre des libertés) paraître un commentaire et un développement du *Contrat social*.

Moins de trente ans suffiront pour la diffusion de cette

1. Pour de plus amples développements sur ce sujet voir le chapitre suivant

idée que la loi est uniquement une décision de la nation, une expression de la volonté générale. Elle constituera le principe fondamental et directeur de la Révolution française. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, proclamera dans son article 3 : « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation : nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément. » Exception faite pour la Charte de 1814 (qui tentera de restaurer la théorie du droit divin), toutes les Constitutions s'exprimeront sur ce sujet à peu près dans les mêmes termes : « La loi, dit la Constitution de 1793, est l'expression libre et solennelle de la volonté générale. (art. 4). — La souveraineté réside dans le peuple (art. 25). — Chaque citoyen a un droit égal de concourir à la formation de la loi (art. 29) ». — De même la Déclaration des droits du 5 fructidor an III : « La loi est la volonté générale exprimée par la majorité ou des citoyens ou de leurs représentants (art. 6). Chaque citoyen a un droit égal de concourir immédiatement ou médiatement à la formation de la loi (art. 20) ».

La conséquence logique de cette conception de la loi, eût été l'établissement immédiat du suffrage universel. Car par cette voie seulement la volonté des citoyens peut vraiment trouver son expression. On sait pourtant que le suffrage universel (théoriquement organisé par la constitution de 1793 qui resta lettre morte) ne devint une réalité que beaucoup plus tard, à la suite de la Révolution de 1848 par le décret du 5 mars. Aujourd'hui encore, l'application de cette idée dans le sens d'une extension progressive qui, rendant le suffrage vraiment universel, ferait mieux connaître la véritable volonté nationale — est l'une des causes du mouvement féministe au moins en ce qu'il a de politique. C'est également la raison de diverses tentatives faites pour perfectionner les modes du scrutin, et en particulier de l'établissement de la représentation proportionnelle, dont nous aurons à dire un mot plus loin.

Ainsi de la Révolution française date l'avènement d'une conception nouvelle de la loi et du droit, conception pré-

parée par les écrivains politiques du XVIII^e siècle et par Rousseau en particulier. La loi ne sera plus fondée sur la raison, mais sur la volonté des citoyens. Et par suite au lieu de subordonner la loi au droit (considéré autrefois comme préexistant et d'origine rationnelle ou divine), on subordonnera tout au contraire le droit à la loi. Il n'y aura plus qu'un droit positif, né de la loi, se présentant comme un fait dont il n'y a pas à chercher d'explication ni de fondement en dehors de la simple volonté des citoyens. C'est au fond la raison pour laquelle la Constitution du 3 septembre 1791 à la fin du titre premier déclare qu'« il sera fait un Code de lois civiles communes à tout le royaume ». Toutes les conséquences de cette conception nouvelle n'apparaîtront pas d'un seul coup : toutefois mises en lumière une à une par les théoriciens du droit, elle sera la cause d'une rénovation complète dans la doctrine et les constructions juridiques. Il nous faut maintenant, après avoir dégagé le principe moderne de la loi, en examiner la valeur et nous demander si la loi ainsi comprise peut se justifier au regard de la philosophie et de la science — ou même plus simplement au regard des nécessités de la vie juridique et sociale.

CHAPITRE II

La loi politique et le conflit des forces sociales.

— Critique du principe des majorités —

En devenant uniquement l'expression de la volonté des citoyens, la loi revêt un caractère nouveau. Elle apparaît comme une garantie prise par les citoyens contre l'arbitraire du gouvernement. Sans doute la loi a toujours pu être utilisée comme un rempart contre l'arbitraire. Mais ce n'était pas là sa destination essentielle, sa fonction propre. Maintenant tout au contraire le pouvoir du gouvernement est limité par la loi, et celle-ci ne peut venir que des citoyens. Le gouvernement ne sera donc plus qu'un organe exécutif dont la mission unique devra se limiter à faire exécuter la loi. La théorie de Montesquieu sur la séparation des pouvoirs prend ainsi une signification plus réaliste. Pour assurer la liberté, il ne s'agit plus seulement de ne pas mélanger dans les mêmes mains le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif : il faut de plus que la loi vienne des citoyens et que le pouvoir législatif soit exercé par eux uniquement. L'origine de l'autorité ne se trouvant plus dans le gouvernement, mais dans l'ensemble des citoyens, il est évident que dès lors la liberté des citoyens ne saurait plus souffrir d'aucune atteinte.

Tel est bien, semble-t-il, le point de vue admis par Rousseau et ses disciples. Ils ne voient dans la loi qu'une sorte de *pacte* formé par les citoyens entre eux. « Les lois, dit Rousseau, ne sont proprement que les conditions de l'association civile. Le peuple soumis aux lois, en doit être l'auteur. Il *n'appartient qu'à ceux qui s'associent de régler les conditions de la société* ¹ ».

Et c'est aussi la conception qui se dégage de toutes les constitutions révolutionnaires. Chacune d'elles tient à formuler en termes explicites le principe de la non-rétroactivité des lois. Si en effet la loi n'était, comme le pensaient les anciens, quel'expression de la raison humaine et de la volonté divine, pourquoi conviendrait-il d'exclure aussi complètement la rétroactivité ? Avant même d'être reconnue et proclamée, la loi existait déjà, tout comme la raison même et la volonté divine. Elle doit en réalité être tenue pour éternelle, universelle et nécessaire au même titre que la vérité dont elle n'est pour ainsi dire qu'une expression. Mais il en sera tout autrement, si les lois sont uniquement les actes de la volonté des citoyens. Décisions prises par les membres de la société, elles ne peuvent être regardées comme ayant possédé une existence antérieure à leur promulgation. Voilà pourquoi le principe de la non-rétroactivité figure dans la célèbre Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, art. 5 «... Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas » et art. 8 «... Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ». Ce même principe est également énoncé par la Déclaration de 1793 art. 14 « la loi qui punirait des délits commis avant qu'elle existât serait une tyrannie, l'effet rétroactif donné à la loi serait un crime ». Il se retrouve jusque dans la Constitution du 5 fructidor an III art. 14 : « Aucune loi, ni criminelle, ni civile ne peut avoir d'effet rétroactif ».

Mais si d'un côté la loi devient ainsi une garantie contre

1. Rousseau, *Contrat social*, chap. VI, De la loi, ed. Amsterdam, 1762, p. 79.

l'arbitraire du gouvernement, ne devient-elle pas, d'un autre côté, *la consécration d'une nouvelle forme d'arbitraire* ?

La volonté des citoyens en formant la loi ne marque-t-elle pas un retour à la force ?

Ce ne sera plus sans doute la force ouverte et brutale, celle que chez les peuples primitifs le vainqueur peut exercer à l'égard du vaincu — mais une forme plus subtile et moins visible, moins cruelle sans pourtant être moins reconnaissable, une *force pacifique*.

Pour répondre à cette question il convient d'examiner successivement : d'abord le principe des majorités qui fait prévaloir l'opinion du plus grand nombre — puis des notions mieux élaborées comme celle de la volonté générale dont parle Rousseau — enfin celle de la volonté nationale qui, dit-on, ne doit pas être confondue avec la volonté du plus grand nombre. Enoncée tout d'abord par Rousseau cette distinction entre la volonté des individus qui forment le nombre et celle de la nation a été de nos jours reprise en particulier par l'un des plus éminents théoriciens du droit public : M. Hauriou. Il nous faudra voir si elle suffit à faire disparaître toute difficulté.

*
* *

Le principe des majorités marque en un double sens la supériorité de la force. Il est certes, suivant une expression célèbre, merveilleusement apte à faire « l'économie des Révolutions ». Mais c'est peut être qu'il est justement la Révolution à l'état stable, si l'on ose dire, et permanent. Comment en effet une crise serait-elle possible, si le principe des majorités conserve un jeu libre et régulier ? Il n'y a plus de place que pour un coup de force d'une minorité cherchant à imposer sa volonté par des moyens de compression gouvernementale et administrative. Mais la majorité étant le nombre, si elle détient le pouvoir, rend impossible l'insurrection populaire dans le but de faire connaître et respecter la volonté du peuple. Disons donc tout d'abord qu'un principe

fondé sur la majorité a pour lui le nombre et par conséquent la force matérielle, et que c'est sur la base de cette force qu'il est établi.

Voici maintenant un autre aspect de la même vérité. Le principe des majorités fait triompher la volonté du plus grand nombre et *impose cette volonté à la minorité*. Celle-ci subit ainsi une autorité qu'elle ne reconnaît pas, doit se soumettre à des décisions qu'elle n'a pas acceptées. Elle se trouve par suite en présence d'une nouvelle forme du despotisme, dont l'arbitraire, l'ignorance ou l'imprévoyance sont à redouter au même degré pour le moins que lorsqu'il s'agissait d'un gouvernement qui ne fut pas le représentant de la majorité. La volonté de cette minorité *est tenue pour néant même si elle se trouve la plus raisonnable et la plus éclairée*. Sans doute les libertés de la parole et de la presse peuvent être regardées dans une certaine mesure comme des correctifs. La minorité peut travailler par la propagande à faire valoir et reconnaître son opinion. Elle tente par là de devenir à son tour la majorité. Aussi la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, en son article 11 proclame-t-elle que « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ». La Déclaration de 1793 le fait presque suivant les mêmes termes dans son article 7. C'est encore sans doute la raison du droit de pétition, reconnu en particulier par l'art. 32 de la Constitution de 1793 et même — par l'art. 83 de la Constitution de l'an VIII — Mais ce serait peut-être trop compter sur la puissance de la raison que de croire qu'elle s'imposera toujours par la persuasion. Pour qui ne se laisse pas séduire par de pures abstractions, la suprématie de la majorité, *c'est avant tout la suprématie des intérêts bien ou mal entendus de la majorité*.

Il est vrai qu'un mouvement d'idées s'est produit depuis quelques années en faveur des minorités. On a prétendu en changeant le mode de scrutin permettre aux minorités de se faire représenter au Parlement. Sans doute la représentation des minorités est nécessaire pour l'application exacte du principe des majorités. Mais elle *n'est rien de plus qu'un*

moyen d'éviter un accroissement tout apparent et factice de la majorité réelle. En effet les conditions idéales pour l'exercice du principe majoritaire donneraient au scrutin des bases assez larges pour permettre une exacte proportion entre les suffrages exprimés et les résultats obtenus. A cet égard, le scrutin parfait serait donc le scrutin national sans aucune division ni par arrondissement, ni même par département. Dans ce système en effet chaque parti obtiendrait satisfaction dans la mesure du nombre qu'il représente. Mais par le morcellement du scrutin, et en raison directe de ce morcellement la majorité peut et doit même normalement se trouver enflée pour ainsi dire. Car dans chaque circonscription une minorité sera tenue pour nulle. Et pourtant en venant s'ajouter aux minorités pareillement tenues pour inexistantes des autres circonscriptions elle pourrait dans certains cas former un nombre de suffrages supérieur à celui qui assure le triomphe de la majorité dans l'une de ces circonscriptions. Malgré tout cette minorité ne comptera pas, et ne sera pas représentée au Parlement. Le résultat du morcellement est par conséquent de fausser l'application du principe des majorités, et de substituer à la majorité vraie une majorité le plus souvent mensongère. Si, en dépit du morcellement la majorité vraie et la majorité apparente se trouvaient coïncider, ce ne pourrait être que par le plus invraisemblable des hasards. A ce point de vue et sans parler d'autres raisons, le nouveau mode de scrutin est supérieur à l'ancien pour cet avantage surtout de reposer sur un moins grand nombre de divisions. Encore pour que cet avantage fût plus manifeste faudrait-il y ajouter un autre perfectionnement, savoir : l'exacte proportion entre les députés élus et le nombre des électeurs inscrits dans les différents départements. Au surplus dès que l'on abandonne le scrutin national d'une réalisation pratique sans doute difficile, les systèmes que l'on peut imaginer ne sont plus que des approximations qui ne peuvent faire connaître que d'une manière fort imparfaite la majorité réelle. On ne peut arriver tout au plus qu'à éviter une trop grande déperdition des suffrages de la minorité.

Quoi qu'il en soit, en dépit de l'appellation fallacieuse de « *représentation des minorités* » on voit sans peine qu'en cette question il s'agit uniquement de donner un jeu plus parfait, une application plus correcte au *principe des majorités*. Certes il n'en faudrait pas conclure qu'il soit sans intérêt de choisir tel mode de scrutin plutôt que tel autre. Il y a des degrés dans le despotisme. Quand sous le nom de majorité, une minorité exerce le pouvoir, le plus grand nombre des citoyens se trouve en réalité soumis au despotisme. Si au contraire la majorité vraie commande la proportion est en sens contraire : les citoyens qui ont à subir le despotisme forment un nombre plus faible que ceux qui l'exercent et qui par suite ne peuvent s'en plaindre. Malgré tout, cette considération est d'ordre assez secondaire : que le nombre sur lequel pèse le despotisme soit plus faible ou plus fort, le despotisme pris en lui-même ne change pas de nature. Or fonder la loi sur la majorité vraie ou simplement apparente, c'est toujours fonder la loi sur la force. En conséquence si le droit devait, comme le croient certains, se confondre avec la loi, il faudrait dire que le droit lui-même repose sur la force. *Le droit ne serait plus qu'un instrument par lequel les plus forts imposeraient leur volonté aux plus faibles*. Et ainsi se retrouverait au fond même du principe qui prétendait l'exclure, la célèbre théorie de Hobbes.

Mais ces conséquences nécessaires sont bien loin d'être reconnues par ceux qui se constituent les défenseurs du principe des majorités. Aussi, ce principe n'est-il pas d'ordinaire présenté sous la forme brutale, simple et même rudimentaire que nous venons de lui donner pour mieux mettre en lumière ses caractères propres. Entre l'application du principe des majorités à la base du système représentatif et son application au sommet, c'est-à-dire au moment où la loi est votée par les représentants (députés et sénateurs) on introduit un élément nouveau : l'organisation de la nation en tant que nation. De même que dans un tout il y a plus que la totalité des parties, de même encore que le composé est autre chose que la simple somme des éléments composants, la volonté de la nation est autre, dit-on, que la volonté des individus qui la composent.

Or ce passage de l'une à l'autre volonté s'effectue le plus souvent par un véritable jeu de passe-passe où la métaphysique intervient, avec son cortège assez ordinaire d'obscurités. On pose tout d'abord le principe des majorités, de la volonté souveraine des citoyens. Puis, lorsqu'il s'agit de donner des justifications, pour éviter de fonder la loi sur la force, le despotisme et la violence pacifique, on édifie, comme le faisait Rousseau, une théorie de la volonté générale. Il nous faut par conséquent voir si cette solution est sérieuse et non pas toute verbale, si elle correspond bien à une réalité et non pas à une simple illusion, bref, si, *dans la réalité*, la volonté générale peut être valablement distinguée de la volonté des citoyens.

* * *

On pourrait dans un certain sens considérer la théorie de Rousseau sur la volonté générale comme une forme nouvelle, et pour ainsi dire, très subtilisée de la doctrine du droit naturel.

« La volonté générale, dit-il dans un passage célèbre, est toujours droite, mais le jugement qui la guide n'est pas toujours éclairé. Il faut lui faire voir les objets tels qu'ils sont, quelquefois tels qu'ils doivent lui paraître, lui montrer le bon chemin qu'elle cherche, la garantir de la séduction des volontés particulières, rapprocher à ses yeux les lieux et les temps, balancer l'attrait de l'avantage présent et sensible, par le danger des maux éloignés et cachés. Les particuliers voient le bien qu'ils rejettent. Le public veut le bien qu'il ne voit pas... Voilà d'où naît la nécessité d'un législateur¹ ».

La volonté individuelle, d'après Rousseau, est égoïste, et ne se détermine que suivant ses propres intérêts clairement aperçus. Tout au contraire la volonté générale tend naturellement au bien et au juste. Elle dépasse donc les individus. Elle est idéale. — D'autre part Rousseau distingue avec soin

1. *Contrat social*, chap. VI, De la loi, p. 80,

la volonté générale de la raison. La raison éclaire, justifie et démontre. La volonté générale au contraire aspire au bien par une sorte d'instinct, ou si l'on préfère, par une sorte d'intuition, mais d'intuition obscure et faillible. La volonté générale sans doute est proclamée infaillible par Rousseau. Mais elle ne possède ce caractère que si on la prend en elle-même. Et alors elle est dépourvue d'efficacité et se réduit à la simple intention d'aller au bien. En d'autres termes la volonté générale prise en elle-même est infaillible parce qu'elle consiste, si l'on peut dire, dans une forme vide à laquelle la raison devra fournir une matière. Et si, de cette collaboration, une erreur peut sortir, la faute n'en sera pas à la volonté générale, mais bien à la raison. Ici comme sur presque toutes les questions importantes l'optimisme naturaliste de Rousseau est une réaction contre le conceptualisme antique et le rationalisme du ^{xvii}e et du ^{xviii}e siècles. Par là Rousseau est, ne l'oublions pas, le précurseur de Kant de l'aveu même de celui-ci. Pour Rousseau comme pour le philosophe allemand « de tout ce qu'il est possible de concevoir dans le monde, et même en général hors du monde il n'est rien qui puisse sans restriction être tenu pour bon, si ce n'est seulement une bonne volonté¹. » Voilà donc en quel sens, d'après Rousseau, « la volonté générale est toujours droite ».

Mais cette volonté générale qui n'est pas rationnelle, qui bien plus est supérieure à la raison, ne cherche-t-elle pas, au fond le parti de la raison ? N'aspire-t-elle pas en effet au juste et au bien ? Certes il ne s'agit plus d'une simple déduction à partir de la raison telle que l'avait conçue le rationalisme. Il y aurait plutôt retour vers la raison, ou — si l'on veut bien nous permettre d'emprunter cette expression au mysticisme alexandrin — *conversion* vers la raison. La loi est l'œuvre de la volonté et non pas de la raison : et pourtant que cherche cette volonté ? c'est encore quelque chose de la raison. On revient ainsi par un détour à une manière de droit naturel. Et c'est en réalité par ce moyen

1. Kant. *Fondements de la Métaphysique des mœurs*, Première section, début, Trad. Delbos.

que l'on parvient à donner au principe des majorités, devenu principe de la volonté générale, une apparence plus séduisante et qu'en un mot on évite de fonder le droit sur la force.

Maintenant que peut valoir cette transposition du principe des majorités en volonté générale ? Il est à ce sujet fort instructif de suivre la virtuosité avec laquelle Rousseau fait sortir la volonté générale, droite et infaillible, des volontés individuelles, égoïstes et mesquines. « Il y a bien de la différence, dit-il, entre la volonté de tous et la volonté générale : celle-ci ne regarde qu'à l'intérêt commun ; l'autre regarde à l'intérêt privé, et n'est qu'une forme des volontés particulières. Mais ôtez de ces mêmes volontés les plus et les moins qui s'entre-détruisent, reste pour somme des différences la volonté générale ¹. » La volonté générale serait donc au fond une sorte de *moyenne*. Mais cette application des principes mathématiques aux volontés particulières comporte une transformation sophistique de la qualité en quantité. Une volonté n'a rien d'une quantité. Elle restera donc ce qu'elle est, en dépit de toute opération arithmétique ou algébrique. Ce n'est pas là seulement une affaire de signe *plus* et de signe *moins*. Par suite, si les volontés particulières sont égoïstes et ne visent qu'à l'intérêt, il est impossible que la volonté générale elle-même ne soit pas égoïste et ne vise pas à l'intérêt. Qu'arrivera-t-il en effet ? Nous l'avons déjà vu en étudiant le principe des majorités. Les volontés particulières dissidentes seront sans effet, et la majorité l'emportera parce qu'elle est le nombre et la force. Contre un fait d'une aussi incontestable évidence, les formules de l'arithmétique et de l'algèbre ne pourront jamais rien.

Aussi après avoir posé le problème du pacte social dans les termes suivants : « Trouver une forme d'association qui défende de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même ². » Rousseau en vient à déclarer : « Les clauses bien entendues (de ce pacte)

1. *Contrat social*, chap. III. Si la volonté générale peut errer, p. 56,

2. *Contrat social*, chap. VI, Du parti social, p. 27

se réduisent toutes à une seule savoir : l'aliénation totale de chaque associé¹». Si de l'union des volontés particulières dont le seul but est l'intérêt, la volonté générale droite et désintéressée ne peut sortir, il faudra donc que d'elles-mêmes les volontés particulières viennent à la volonté générale, et ne tendent également qu'au bien et au juste. Mais n'est-ce pas avouer que, des volontés particulières telles qu'elles se présentent dans la réalité, la volonté générale droite et infaillible ne saurait être tirée ?

Il n'y a donc pas de liaison possible entre le principe des majorités et le droit naturel même dans le sens où l'entendrait Rousseau. Et si l'on accepte le principe des majorités, il faut en même temps reconnaître que la loi est une manifestation de la force. La solution intermédiaire imaginée par Rousseau, (solution où la volonté générale sert de lien et pour ainsi dire de médiateur entre le principe des majorités et le droit naturel) constitue une position intenable.

Le Contrat Social de Rousseau marque une date dans l'évolution des doctrines politiques et sociales. Si la thèse du pacte social a été complètement abandonnée, au moins dans sa forme primitive; si beaucoup d'autres idées du même ouvrage ont eu le même sort, le Contrat social n'en ouvre pas moins une ère nouvelle, et n'en est pas moins le point de départ d'une conception nouvelle de la loi. En effet pour la première fois la loi était fondée sans réserve ni ambiguïté, non plus sur la raison, mais bien sur la volonté des citoyens. De plus Rousseau avait édifié la théorie de la volonté générale en l'opposant aux volontés individuelles. Ces deux conceptions devaient exercer une influence considérable même sur des hommes qui ne se présentent à aucun titre comme des héritiers de sa pensée.

C'est ainsi que l'école historique de Savigny fait de la loi l'expression de la « conscience sociale » ce qui n'est pas sans une certaine analogie avec la théorie de la volonté générale. Comme on sait, la loi n'est pas d'après l'école historique, l'œuvre du législateur. Sa véritable origine se trouve dans

1. *Ibid.* p. 28,

la tradition, dans la coutume qui se forme lentement au sein de la nation et que le législateur doit se contenter de reconnaître. Sans doute les partisans de l'école historique semblent bien avoir vu dans la conscience sociale une sorte de raison préformée, et qui se développe par degrés dans le temps. Par là ils iraient presque rejoindre le rationalisme d'un Leibniz et d'un Descartes. Mais cette remarque est ici sans grande importance. En admettant que la coutume soit l'expression de la conscience sociale, et que la coutume soit la véritable loi, a-t-on gagné quelque chose, a-t-on évité le retour à la force de la majorité s'exerçant à l'encontre de la minorité ?

La coutume est sans doute en apparence et par sa nature même moins oppressive qu'une décision prise d'un seul coup par la majorité. Elle est moins oppressive parce qu'elle exerce sur nous une action lente et s'insinue peu à peu dans notre esprit sans heurt, sans violence, par quelque chose qui ressemble à la persuasion, et qui est seulement la force de l'habitude. Et pourtant, comme l'a montré Descartes, nous pouvons secouer son joug. Il peut se fermer contre la coutume une minorité qui demande son abolition. La maintiendra-t-on malgré tout parce qu'elle est soutenue par la majorité ? Nous retrouvons alors la force comme fondement de la coutume et de la loi.

Une doctrine plus récente élimine ce qu'il y avait d'obscur et de métaphysique dans l'idée de conscience sociale, et, sans doute pour mieux marquer cette différence, substitue le mot de conscience collective à celui de conscience sociale. Le chef de cette école nouvelle dont l'action a été profonde parmi les juristes comme parmi les philosophes, Durkheim, définit cette conscience collective comme l'ensemble des idées communes aux esprits individuels d'un même groupement social. Dans un milieu social déterminé on trouve toujours une certaine communauté de notions, de sentiments et de volontés ou d'aspirations. M. Tarde expliquerait ce phénomène par les courants imitatifs qui se propagent entre les individus. Durkheim semble y voir plutôt un effet de la « coercition sociale », c'est-à-dire de l'action exercée

par le milieu social sur les individus. Ce n'est donc pas douteux : il s'agit ici d'une influence contraignante, d'une oppression d'ordre moral sans doute le plus souvent, mais dont les manifestations prennent assez facilement un caractère de violence, si cette conscience collective vient à être contrariée dans son développement. Ses exigences, dit Durkheim, sont surtout impérieuses dans les sociétés primitives où tout acte individuel qui se produirait à leur rencontre, serait regardé comme un crime et puni comme tel.

On peut en conclure que la loi, expression de cette conscience collective, présentera les mêmes caractères d'action oppressive à l'égard de la minorité. Cette violence se justifie sans doute par la nécessité de vivre, par l'instinct de défense et de conservation. On retrouve ici pour fonder la loi un autre genre de droit naturel, — le droit naturel tel que l'avait compris Spinoza dans le *Traité théologico-politique* lorsqu'il écrivait : « Par droit naturel j'entends... les règles selon lesquelles se font toutes choses c'est-à-dire la puissance de chaque individu¹. Par exemple, les poissons sont déterminés par la nature à nager, les plus grands d'entre eux à manger les petits, et conséquemment en vertu du souverain droit naturel, tous les poissons s'emparent de l'eau et les plus grands mangent les petits² ». Nécessité irrésistible sans doute mais on peut se demander si cet argument peut suffire à la minorité. On voit d'ailleurs que cette nécessité de vivre risque bien souvent d'être invoquée même quand elle ne sera plus réellement en jeu. La raison d'Etat se fondait aussi sur la nécessité de vivre. L'argument n'aurait de force que si les principes dont on prétend défendre le maintien en invoquant la nécessité étaient scientifiquement établis. Et ce serait retomber dans l'optimisme un peu simple de Rousseau que de voir dans la conscience collective un juge infaillible des nécessités sociales.

Bon gré, mal gré, il faut donc revenir à la force pure pour justifier la loi. La majorité impose sa volonté à la minorité sans pouvoir en dernière analyse invoquer d'autre raison

1. *Traité théol. pol.*, chap. I, 4

2. *Ibid*, chap. II, 4.

que celle-ci : « Telle est ma volonté, telle est la volonté des plus forts. »

M. Hauriou semble avoir repris l'idée de Durkheim sur la conscience collective. Mais la vigueur et la précision avec lesquelles il fait appel à cette notion pour expliquer et justifier la loi, méritent un examen séparé. Pour l'éminent théoricien la loi serait, en quelque sorte, la synthèse de la coutume — « produit de l'assentiment donné par le peuple aux faits juridiques qui se sont manifestés » — et du règlement « forme du droit que le gouvernement édicte ou sanctionne comme étant l'expression de sa volonté propre ¹ ». A un moment déterminé de l'histoire, « la rédaction de la loi s'est présentée comme une procédure établie entre une partie représentant la magistrature, et une autre partie du gouvernement représentant le peuple ; un dialogue s'est engagé entre ces deux moitiés du gouvernement. ² » La loi a pour matière les idées communes ³ issues d'un mouvement d'assimilation qui précède la loi mais qui doit aboutir à la loi. Car, « pour parvenir au régime représentatif, il faut que la nation devienne une communauté et que les communiens n'aient pas seulement la volonté de vivre ensemble, il faut qu'ils aient une volonté commune touchant des intérêts communs déterminés et même touchant une masse d'intérêts communs ⁴. »

La loi est donc puisée dans les « similitudes ; elle exprime les relations d'individus très assimilés ⁵ ». Et d'autre part elle accentue ces similitudes car « légiférer, c'est codifier, c'est ordonner et ramener à l'unité des dispositions antérieures coutumières ou non, qui en fait sont éparses, mal agencées et présentent des lacunes ⁶ ». Sa force et sa légitimité elle les tient donc de la conscience collective qu'elle travaille d'ailleurs à constituer ou du moins à maintenir.

Nous n'avons rien à objecter à cette explication de la ge-

1. Hauriou, *Principes de droit public*, 2^e éd. p. 28.

2. *Ibid.*, p. 30.

3. *Ibid.*, p. 233

4. *Ibid.*, p. 219

5. *Ibid.* p. 235.

6. *Ibid.*, p. 238.

nèse d'où sort la loi. Mais en fondant la loi sur les similitudes sociales, cesse-t-on de la fonder en dernière analyse sur la force ? Lui donne-t-on vraiment une autre base que le principe des majorités ? Sans doute M. Hauriou montre que la majorité, ainsi comprise n'est pas le résultat d'une réunion fortuite¹. Il ne s'agit plus d'une volonté « commandante ou gouvernante » mais « d'une volonté d'adhésion ou d'assentiment ». Pour le problème que nous examinons, ce n'est là qu'un détail.

Qu'elle crée la loi de toutes pièces, ou bien qu'elle se borne à l'imposer après lui avoir donné son adhésion tacite, la volonté de la majorité est toujours oppressive envers celle de la minorité. La loi manque toujours de base objective. La minorité doit se soumettre sans savoir pourquoi, et doit s'incliner devant la force du nombre, même quand elle aurait conscience d'avoir raison contre la majorité. Pour établir la loi, on ne trouve qu'un fait, fait brutal et de pure constatation : les similitudes sociales résultant de la formation d'une unité nationale. *Ce n'est pas là devant la raison et devant la science une justification valable.*

*
* *

On trouve il est vrai dans le même ouvrage si fertile en aperçus ingénieux, une autre théorie, qui semble d'abord plus capable de donner satisfaction. M. Hauriou oppose à la conception révolutionnaire de la souveraineté du peuple une autre conception de la souveraineté qu'il appelle *nationale*. « La souveraineté nationale est la domination d'un *tout organisé*, qui éveille par elle-même l'idée d'un ordre de choses établi, la souveraineté du peuple est la domination d'un *tout inorganique*, l'assemblée du peuple, qui n'éveille par elle-même que l'idée du *pouvoir du nombre*, sans que ce pouvoir majoritaire soit organisé, ni subordonné à un ordre de choses établi². »

1. *Ibid*, p. 233 et 234.

2, P. 630. C'est nous qui soulignons,

Pour mieux mettre en lumière le caractère de cette distinction, peut-être n'est-il pas inutile de la rapprocher de la théorie générale exposée par M. Hauriou dans la première édition de ses *Principes de droit public* et qu'il rappelle et résume lui-même en ces termes dans la seconde édition¹ : « Mon procédé consista à distinguer dans les personnes morales un corps et une âme, c'est-à-dire un organisme corporatif doué d'une existence individuelle objective à laquelle peut se surajouter une existence subjective sous forme de personnalité juridique... Personne n'a vu que cette façon d'envisager les choses n'était qu'une transposition de la doctrine de st. Thomas sur les relations du corps et de l'âme d'après laquelle l'âme n'est que « l'acte du corps » c'est-à-dire d'après laquelle le corps, organisé le premier, contient en puissance l'âme et passe sa vie à la faire venir à l'acte, et, en ce sens, à la réalité. »

Si nous comprenons bien ce que peut signifier ici cette doctrine de l'âme et du corps (qui par delà saint Thomas remonte au *Περὶ Ψυχῆς* d'Aristote) — la loi serait une manifestation de l'âme sociale ou nationale. Et de même que l'âme individuelle est « la forme et l'acte du corps » de même la nation serait « la forme et l'acte » des individus. La nation n'est pas pour les individus, mais tout au contraire les individus sont pour la nation. Si ces conséquences nécessaires au point de vue philosophique sont réellement admises par M. Hauriou, elles ne peuvent manquer de rappeler la théorie de Rousseau sur l'aliénation totale des associés et donnent lieu aux mêmes objections.

Voyons maintenant si en général en faisant de la loi, non plus l'expression de la volonté des citoyens, mais bien l'expression de la nation en tant qu'organisme, on peut réussir à lui donner une autre base que la force. Et comme les nations modernes manifestent une tendance à s'organiser sur l'une ou l'autre de ces deux bases : le syndicalisme ou l'étatisme, examinons les successivement.

Le principe même du syndicalisme, comme on le verra

1. P. XXIII et XXIV de l'Introduction.

bientôt, nous semblerait contenir la possibilité d'une réorganisation complète, à la fois sociale et politique. Mais ce serait à la condition d'être compris et d'être appliqué tout autrement qu'il ne l'est actuellement. Sa tendance la plus apparente, aujourd'hui, est en effet de *substituer à la lutte des individus la lutte des groupes*, ou, pour reprendre une expression devenue traditionnelle depuis Karl Marx, « la guerre des classes ». Tout d'abord à l'intérieur d'un syndicat, le principe des majorités réapparaît. Là encore il y a une majorité qui commande et une minorité qui doit obéir. L'histoire des derniers errements du syndicalisme suffirait à prouver qu'à l'intérieur même du syndicat l'oppression de la majorité à l'égard de la minorité est un fait incontestable. D'autre part, dans ses rapports avec d'autres syndicats ou avec la nation elle-même, qu'est-ce qu'un syndicat ?

Avant tout un appareil de combat. Objet déterminé par la loi même : défense des intérêts professionnels. Objet poursuivi en fait depuis de nombreuses années : le triomphe des revendications formulées par une classe sociale. Enfin objet auquel semblent tendre, en dépit de la légalité, les syndicats ouvriers et patronaux : l'avènement ou le maintien d'un certain régime politique. Les extrémistes vont jusqu'à se déclarer ouvertement en faveur de la révolution et de la dictature — la dictature du prolétariat.

Il n'est pas question ici d'examiner ce qu'il peut y avoir de fondé ou d'injuste dans ces prétentions et de démêler les raisons profondes de certaines déviations du mouvement syndicaliste. La seule constatation qu'il convienne de tirer de ces faits, c'est la transformation par le syndicalisme de la lutte des individus en lutte des éléments sociaux, lutte sans merci pour atteindre à la suprématie et qui se poursuit même au mépris des principes nécessaires au fonctionnement normal de la Société. *L'arbitraire renaît amplifié*, si l'on veut bien avec nous donner le nom d'arbitraire à tout ce qui n'a pas de justification objective dans la nature des choses.

Si c'est ainsi que doit s'élaborer le droit, s'il doit être le résultat de ces conflits où le plus fort, le mieux organisé

pour la lutte est assuré de l'emporter finalement — ne faut-il pas affirmer encore une fois que le droit est fondé sur la violence ? De même que les nations à l'extérieur luttent entre elles pour l'hégémonie, les groupes sociaux luttent à l'intérieur de la nation pour la suprématie politique. Voilà à quoi se réduiraient le droit international et le droit interne, le jour où le syndicalisme (à le prendre tel qu'il se présente aujourd'hui), deviendrait le principe unique de l'organisation sociale. La loi fondée sur un syndicalisme de ce genre, reposerait encore sur le principe des majorités et par suite, nous l'avons vu, sur la force.

Est-il possible d'espérer davantage de l'autre forme d'organisation, l'organisation « étatiste » ? Au point de vue du pouvoir législatif il est facile de constater que les questions politiques se règlent aujourd'hui presque uniquement par le conflit des intérêts. Le principe des majorités installé dans notre démocratie, se manifestant en dernier lieu par le régime parlementaire, crée une sorte de pyramide d'un équilibre fort instable. Si tel président du conseil, à un moment donné, peut paraître représenter la volonté nationale, la fragilité de la faveur dont il jouit montre assez combien précaire est cette volonté. Elle varie suivant le choc des intérêts contraires d'où naissent les courants de l'opinion. S'il y a là une volonté, à coup sûr elle n'a rien de consistant et de vraiment « organique ». Rien d'accidentel et de temporaire d'ailleurs dans une telle situation. On chercherait vainement, croyons-nous, *en conservant dans toute son étendue l'application du principe des majorités*, un autre système soit plus complet, soit plus parfait : car tous comporteront nécessairement à peu près les mêmes inconvénients.

En réalité par le principe majoritaire on tend à la négation du droit. La philosophie pragmatiste, dont W. James est le représentant le plus notoire, n'hésite pas à définir la vérité par la réussite. Formule vraie sans doute en un certain sens mais infiniment dangereuse en politique surtout. Là elle apparaît comme la consécration du principe de la force. Une idée sera vraie, non pas parce qu'elle se sera trouvée,

d'accord avec une réalité objective, mais seulement parce qu'elle aura été admise et défendue avec une ardente conviction par le plus grand nombre. La croyance devient l'axe du monde politique. Il n'y a plus d'autre règle que la volonté, à condition qu'elle soit assez vigoureuse pour triompher de toute résistance, et l'on affirme que ce résultat sera toujours possible.

Il ne peut être question sans doute de contester dans tous les domaines les droits de la majorité. Mais s'il y a une sphère d'activité dans laquelle le principe des majorités se justifie sans peine, il convient de reconnaître par contre que ce principe ne peut être porté en dehors de ses limites légitimes, sans conduire à l'arbitraire et au despotisme. Tracer ces limites entre l'exercice normal du principe des majorités et les excès que l'on doit éviter sous peine de tomber dans l'oppression et la tyrannie, ce n'est pas à nos yeux porter atteinte aux droits de la majorité mais tout au contraire, les légitimer.

CHAPITRE III

Les lois sociales objectives et la loi politique.

Destinée singulière ! Il est arrivé que les principes posés par la Révolution française, en se développant ont fini par se contredire eux-mêmes. La Révolution avait proclamé la liberté de l'homme et déclaré que le respect des droits individuels est le premier devoir de la nation — le fondement du droit public. Elle était allée même jusqu'à vouloir briser toutes les associations pour mieux rendre l'individu à lui-même. Et pourtant le principe des majorités devait conduire à regarder les droits de l'individu comme secondaires, et faire prévaloir contre eux la volonté du plus grand nombre. La Révolution avait voulu anéantir l'arbitraire ; elle avait présenté la résistance à l'oppression comme l'un des droits « naturels et imprescriptibles ». Et cependant elle posait les assises d'un arbitraire nouveau et d'un nouveau genre d'oppression : celle du plus grand nombre imposant sa volonté à la minorité. Enfin la Révolution avait cru d'une conviction profonde à l'existence d'un droit universel et éternel, elle était dominée par l'idée de la Raison. Et pourtant la loi, telle qu'elle la définissait, expression de la volonté nationale, allait consacrer de plus en plus clairement le principe de la force, en imposant le respect du fait brutal.

Ces contradictions prouvent-elles, comme certains le prétendraient volontiers, la stérilité de l'œuvre entreprise, la fausseté et le danger des principes admis ? Nous ne le pensons pas. Car toutes *ces contradictions apparentes proviennent uniquement du principe des majorités, ou plutôt de son extension hors du domaine où sa place est toute marquée.*

A la conception ancienne d'un droit fondé sur la raison ou sur l'ordre divin, la Révolution oppose une conception toute moderne : le droit fondé sur la volonté du peuple. Par là elle institue, sans même y prendre garde, le culte de la force. Mais est-il certain qu'entre la raison et la force il faille nécessairement choisir pour fonder le droit ? Abandonner le parti du droit naturel est-ce fatalement se jeter dans le parti de la force ? Une troisième solution ne serait-elle pas possible ?

Pour pouvoir répondre à cette question avec certitude, il est indispensable d'examiner tout d'abord un autre problème, dont l'importance est considérable, mais dont nous ne tenterons pas ici d'épuiser la matière.

*
*
*

Ce problème est celui-ci : y a-t-il des lois sociales objectives ? A ces mots nous prétendons d'ailleurs donner le sens le plus rigoureux. Nous voulons parler de lois véritables, en tout point analogues aux lois de la nature. Pour les phénomènes physiques, chimiques ou biologiques, la loi est un rapport exprimant les actions et réactions qu'ils exercent les uns sur les autres. La loi fondamentale, dont toutes les autres ne représentent que les aspects particuliers, c'est donc la liaison des phénomènes entre eux ; ou plus exactement encore, l'*équilibre* qu'ils doivent réaliser sans cesse. Si donc les faits sociaux (et en particulier les faits juridiques) sont liés entre eux, s'ils réalisent à chaque instant une sorte d'état d'équilibre, agissant et réagissant les uns sur les autres — bref si dans le milieu social comme dans la nature, il y a de l'organisation objective et spon-

tanée, *il sera légitime d'affirmer qu'il y a des lois sociales objectives* traduisant ces rapports des phénomènes sociaux entre eux.

Or la liaison des phénomènes sociaux est tout à fait évidente au moins pour les plus simples : savoir les faits économiques. Que dans le milieu économique tout se tient, tout est lié, que des actions et réactions incessantes se produisent, ce n'est pas une théorie — mais une constatation qui ressort chaque jour de l'expérience. L'une des premières théories qui se soient constituées en économie politique est celle de la *balance du commerce* : elle implique, comme on sait, la nécessité d'une sorte d'équilibre entre les importations et les exportations. Sans doute c'était une erreur mais cette erreur même contenait une idée qui mille fois reprise sous des formes différentes a fourni le principe directeur de presque toutes les constructions de l'économie politique classique. Le principe de l'équilibre intervient partout et là même où il n'est pas nommé, il reste du moins sous-entendu.

A la théorie de la balance du commerce on a substitué celle de la balance des comptes et l'on a montré que par un certain jeu automatique, cette balance reprend d'elle-même la position d'équilibre quand elle s'en est écartée. La célèbre loi de l'offre et de la demande suggère des réflexions analogues : quand la demande dépasse l'offre, il y a hausse ; quand inversement l'offre dépasse la demande, il y a baisse. Comment ne pas reconnaître l'image de la balance et le jeu de la bascule ? De même encore pour la théorie quantitative de la monnaie : toute variation dans la quantité de la monnaie entraîne une variation correspondante dans les prix. Voilà donc encore un cas d'interaction très nettement caractérisée. Sans doute la loi de l'offre et de la demande est depuis Stuart Mill l'objet d'une très juste critique. Et de nos jours la théorie quantitative de la monnaie est rejetée par certains économistes comme beaucoup trop simpliste en face de la diversité de l'expérience. Mais si l'on abandonne en partie ces anciennes théories de l'équilibre, c'est pour les remplacer par d'autres plus complexes et plus

savantes. L'équilibre abstrait et en quelque sorte mathématique, cède le pas à des équilibres organiques et concrets. Enfin il est à peine besoin de remarquer — à un point de vue plus pratique — que toute la théorie des banques et du change s'appuie sur l'idée de l'équilibre des valeurs. On sait par exemple que toute élévation du taux de l'escompte a pour résultat une baisse générale de toutes les valeurs : papier de commerce, titres et marchandises. N'y a-t-il pas là encore un système très vaste d'actions et de réactions incessantes ?

Voilà pourquoi une école économique récente — l'école mathématique — a pu prendre pour base presque unique l'idée de l'équilibre économique. M. Walras¹ notamment ramène la vie économique tout entière à des questions d'équilibre. Et l'on montrerait aisément que la doctrine de l'école hédoniste ou autrichienne suppose de même une notion d'équilibre entre les besoins.

Si l'on demande enfin pour terminer un exemple très caractéristique, il suffira de songer à la valeur. N'est-il pas visible en effet que toutes ses variations dépendent d'actions et de réactions multiples ? Suivant l'école mathématique, comme on sait, le prix marque le point de coïncidence où les quantités offertes et les quantités demandées se font équilibre. Mais on pourrait, croyons-nous, aller plus loin encore et prétendre que dans la réalité concrète la valeur d'un produit est en quelque sorte fonction de la valeur des autres produits. Car tout se tient dans l'échelle des prix. La hausse ou la baisse d'un produit peut avoir à la longue des répercussions plus ou moins sensibles sur le prix de produits appartenant à des catégories tout à fait différentes. En d'autres termes les prix forment une hiérarchie très vaste. Tout changement dans cette hiérarchie doit le plus souvent entraîner un remaniement complet. Le salaire d'un ouvrier n'est pas sans influence sur les honoraires d'un avocat ou d'un médecin. Le prix d'une

1. Voyez Walras, *Economie politique pure*. Et aussi l'excellent résumé de MM. Gide et Rist : *Histoire des Doctrines économiques*, p. 603 et suivantes (1909).

paire de souliers n'est pas sans influence (si paradoxale que paraisse au premier abord une telle affirmation) sur le prix d'un chapeau, d'une cravate ou d'un roman. Et la raison de ces faits se trouve dans des liaisons multiples, souvent difficiles à saisir, d'ordre psychologique ou social aussi bien que d'ordre matériel. En un mot *le prix d'un objet est le résultat d'un équilibre des plus complexes.*

S'il en est ainsi pour les phénomènes sociaux les plus simples, la même liaison nedoit-elle pas exister aussi entre les faits sociaux plus complexes ? Entre les faits juridiques de tout ordre, soit en droit privé soit en droit public, il doit se produire également des actions et réactions nombreuses et incessantes. Le contrat par exemple dans ses conditions d'existence, ses formes, ses applications, ses effets, dépendra de la variation d'institutions telles que la famille et la propriété. Réciproquement la constitution de la famille dépendra des formes du contrat et du régime de la propriété. A son tour la propriété se modifiera sous l'influence des variations subies par le régime de la propriété et la constitution de la famille. De même en droit public la conception que l'on se fera de l'Etat, de ses fonctions, de ses pouvoirs ne peut s'expliquer complètement que par l'influence d'un grand nombre de faits appartenant au droit public ou privé. Il n'y a donc pas un fait juridique qui puisse être isolé des autres autrement que par abstraction. Le milieu social forme un tout où les parties se conditionnent réciproquement. Et c'est, pour le répéter une fois encore, en observant ces actions et réactions que l'on dégagera les lois sociales objectives.

Certes, nous sentons tout ce que ce point de vue présente de paradoxal au premier abord. Depuis Aug. Comte, grâce à la faveur obtenue par les recherches historiques, les plus illustres représentants de l'école sociologique ont insisté sur cette idée que toute institution s'explique par ses antécédents et que pour les trouver il faut remonter jusqu'aux civilisations les plus anciennes et les plus rudimentaires. Nous sommes bien loin de nier l'intérêt de telles recherches bien que le luxe d'érudition dont on les entoure, soit quel-

quefois assez disproportionné avec les résultats obtenus. Mais il nous semble que l'histoire ne doit être qu'un moyen et non pas une fin; que les véritables lois (en sociologie comme dans toutes les autres sciences) ne sont pas des lois de succession, mais des lois de coexistence et d'équilibre, et que par suite les considérations statiques (suivant l'expression d'Aug. Comte lui-même) doivent finalement l'emporter sur les considérations dynamiques. L'intérêt de l'histoire en sociologie nous paraît donc uniquement d'aider à la découverte de ces rapports de dépendance entre les faits sociaux et juridiques. Durkheim dans le plus remarquable de ses ouvrages, avait montré comment une loi (celle de la division du travail social) sort pour ainsi dire des conditions mêmes du milieu social, intensifiant ses effets à mesure que s'accroît la densité de la population, — et d'autre part comment cette loi explique un grand nombre de modifications dans les institutions juridiques du droit public et du droit privé. Cette loi serait donc un très bon exemple pour prouver l'existence de lois d'équilibre. Elle se rapporte à la statique sociale bien plutôt qu'à la dynamique et fait apparaître dans le milieu social un ordre de simultanéité bien plutôt qu'un ordre de succession. Les disciples de Durkheim ne semblent pas à cet égard être restés toujours fidèles à ce que nous voudrions considérer comme l'esprit même de sa doctrine.

Mais ne serait-il pas possible d'apporter quelques précisions au sujet de ces lois sociales objectives dont nous venons d'admettre l'existence ?

* * *

Il semble que pour parvenir à une ébauche de classification, il convienne de distinguer au moins quatre groupes de lois sociales objectives.

Le premier comprend les lois objectives dérivant de ce qu'on peut appeler l'équilibre politique. Elles apparaissent sans doute les premières car elles durent présider déjà à la

formation des sociétés les plus anciennes et les plus rudimentaires. Dans le clan il y a un chef ou du moins une autorité (guerrière ou religieuse) qui impose le régime de l'obéissance à la foule des sujets. Or dans nos sociétés politiques modernes « les équilibres sociaux sont innombrables, dit M. Hauriou¹. La force gouvernementale peut se trouver équilibrée par la force de réaction du pays légal; l'administration centrale peut être contre-balancée par les administrations locales décentralisées; à l'intérieur des rouages gouvernementaux eux-mêmes des équilibres peuvent avoir été créés, tels ceux du gouvernement parlementaire, séparation d'un organe exécutif et d'un organe législatif, partage des pouvoirs entre eux, équilibre; séparation de la Chambre des députés et du Sénat, partage de pouvoirs entre eux, équilibre. »

Ce premier groupe de principes objectifs ne renferme pas seulement l'organisation des pouvoirs, mais aussi celle de la famille. Les castes dans certaines sociétés, les *gentes* et la clientèle dans les premiers temps de Rome, le régime patriarcal dans les sociétés primitives à Rome, l'autorité du *pater familias*, le *mundium* des peuples germaniques — sont des institutions étroitement liées à l'organisation politique. Aussi toute transformation du pouvoir politique entraîne des modifications corrélatives dans la constitution de la famille. Etudier les conditions de l'équilibre social dans cet ordre d'idées, en dégager les principes, voilà nous semble-t-il le but le plus important pour la sociologie et même dans une certaine mesure pour le droit public.

Le second groupe de lois sociales objectives concerne la propriété. Historiquement le développement de la propriété date de la naissance et des progrès de l'Agriculture. Depuis Rousseau la légitimité de la propriété est l'objet de controverses nombreuses. La question presque toujours est traitée par la méthode dialectique et par des arguments d'ordre moral. On se demande si la propriété est juste ou injuste. Ainsi présentée, la discussion nous semble d'une grande

1. Hauriou, *Principes de droit public*, p. 12.

stérilité. Il faudrait *se demander si dans l'équilibre social la propriété a sa place nécessairement marquée*, et à quelles conditions sociales et politiques elle est nécessairement liée. Et si l'on peut alors songer à la modifier ce doit être encore en tenant compte du principe d'équilibre et des conditions du milieu social. D'autre part, il est aisé d'apercevoir qu'à l'heure actuelle la propriété subit l'influence de l'organisation familiale d'une part, de l'organisation commerciale et industrielle, d'autre part. C'est donc par l'étude de ces actions et réactions multiples et de leurs lois que l'on peut arriver à une solution vraiment scientifique du problème.

De même que la propriété est sortie de ce qu'on pourrait appeler l'état agricole et de la fixation des tribus nomades, *le contrat et ses dépendances* — c'est le troisième groupe de lois sociales objectives — *ont pour origine l'apparition du commerce*. Or le commerce remonte à une haute antiquité. Des courants commerciaux qui amenaient d'Orient en Occident des étoffes, des parfums, des épices, des vases d'or et d'argent, existaient déjà 4.000 ans avant J.-C. De là sont nés le troc et l'échange — puis, grâce à l'invention de la monnaie, le contrat proprement dit. Bien loin de dépendre de l'organisation politique, ou même de celle de la propriété, il semble donc que le contrat obéisse à des principes propres, et même que son apparition ait entraîné des modifications de l'organisation politique, et du régime des terres. *Le commerce est, dans son vrai sens, international*. Le contrat le sera donc aussi, et dans la même mesure. Le principe qui le domine n'est plus l'équilibre des éléments sociaux dans l'Etat ou la nation; mais bien l'équilibre des prestations. Aussi le contrat est-il de toutes les institutions sociales la plus fortement imprégnée d'individualisme. Cette conception de l'équilibre dans l'échange et le contrat conduit à mettre au premier plan, comme loi sociale objective dans la théorie et la pratique du contrat, la causalité au sens juridique du mot ¹. La plupart des règles en ce qui le concerne

1. Nous avons essayé de le montrer ailleurs avec plus de développements. Voyez *La volonté dans le Contrat suivant le code civil*, Paris, Arthur Rousseau.

pourraient s'expliquer comme des conséquences de cette causalité, c'est-à-dire de l'équilibre des prestations.

Enfin le quatrième groupe de lois sociales objectives touche à l'organisation industrielle. Beaucoup plus récent dans sa manifestation que tous ceux dont nous avons déjà parlé, il ne date que de l'avènement de la grande industrie. Là encore les actions et réactions sont nombreuses. Et de mieux en mieux on peut comprendre que les considérations d'équilibre, de statique sociale doivent prévaloir sur toutes les autres. Equilibre entre le capital et le travail, équilibre dans l'organisation du travail, équilibre encore dans l'organisation du capital, équilibre enfin entre la production et la consommation. Ces équilibres ne doivent pas seulement, bien entendu, s'établir dans l'intérieur de chaque Etat mais aussi dans les rapports avec l'industrie des autres Etats. La sanction de chaque rupture d'équilibre se trouve dans une crise industrielle, soit de la consommation, soit de la production. *Ce n'est pas par des moyens de fortune qu'on peut y porter remède, mais en dégageant les lois sociales objectives qui règlent ces équilibres.* Et quand nous parlons d'équilibre, nous ne songeons pas naturellement à celui qui proviendrait des coalitions des forces en présence. Un tel équilibre purement apparent, est au fond l'absence d'équilibre et ne peut mener qu'à des désastres dans un délai plus ou moins long. L'équilibre dont il s'agit ici, est celui qui résulte de la nature même des choses. On ne peut l'apercevoir qu'en se plaçant au point de vue scientifique, c'est-à-dire en tenant compte de tous les faits industriels, économiques et juridiques de quelque importance, de toutes les répercussions que peuvent produire telles ou telles situations de faits. La recherche de ces lois sociales objectives présente ici une importance d'autant plus considérable qu'il s'agit de phénomènes nouveaux et capables d'exercer une influence profonde sur tout l'ensemble de l'organisation sociale.

Si générales que puissent paraître ces considérations (et si délicate que soit dans le détail l'application d'une telle méthode), nous pensons cependant qu'elles suffisent à éclairer le chemin qu'il nous reste à parcourir.

*
*
*

Résultats d'un déterminisme non moins inflexible que celui d'où proviennent la cristallisation d'un sel et la structure d'un être vivant, les lois sociales objectives dérivent des conditions d'un milieu social déterminé. *Nous n'avons pas à les vouloir, mais seulement à les connaître.* Notre but doit être avant tout d'apprendre à les constater. Il n'y a pas à *vouloir* les lois qui président aux oscillations d'un pendule, aux variations d'intensité d'un courant électrique, à l'union de plusieurs corps simples suivant des proportions définies, aux fonctions du cerveau, du cœur, du grand sympathique ou du foie. C'est affaire de connaissance, d'observation, d'expérimentation et d'induction — non pas affaire de volonté. Par quelle singulière aberration pourrait-on penser qu'en matière politique et sociale, la volonté suffit à tout ? S'il y a des lois sociales objectives (et nous l'avons, croyons-nous, assez démontré), que signifie le suffrage universel, et que signifie la volonté générale — quand il s'agit de lois à découvrir et non pas de décisions à prendre ?

Ici encore nous sommes, tout comme pour les sciences de la nature, dans l'ordre de la connaissance, et non pas dans l'ordre de la volonté. Il faut procéder par observation et non pas par la voie du scrutin. *La volonté d'un citoyen n'est pas ici à sa place. Elle ne changera rien à l'ordre des choses.* Nul homme dans son bon sens ne se flatterait aujourd'hui d'arrêter le cours de la lune ou du soleil, ou de changer par le seul acte de sa volonté la position de la terre des planètes ou des étoiles. Comment se fait-il que dans l'ordre des choses sociales on ne reconnaisse pas aussi aisément la même impuissance de la volonté humaine, et que l'on soit si souvent tenté d'oublier la profonde parole de Bacon de Verulam : « On ne commande à la nature qu'en lui obéissant » ?

La vérité c'est que le XIX^e siècle a vu se développer deux tendances venant semble-t-il des deux pôles extrêmes de la pensée : la tendance scientifique pour laquelle il existe

un ordre objectif que l'on doit chercher à découvrir par des procédés appropriés, et la tendance volontariste qui postule la toute-puissance de la volonté jusque dans la connaissance pure. La rencontre de ces deux *courants s'est produite* dans les sciences mêmes. Or, bien qu'en un certain sens la volonté soit en effet intérieure à la connaissance, les lois objectives pourtant ne sont certainement pas l'œuvre de la pure volonté. Car *pour parvenir à formuler et surtout à utiliser ces lois, une discipline particulière s'impose à la volonté.*

Pour les principes politiques et juridiques tout comme pour les principes de la nature, l'expérience suffirait à le démontrer. Toute loi politique, si elle se trouve en opposition avec quelque loi sociale objective, est d'avance condamnée à n'obtenir que des résultats contraires à ceux que l'on cherchait. On l'a vu assez clairement par la faillite du système des taxations pour lutter contre la hausse des prix. Le gouvernement est impuissant à modifier par disposition réglementaire la hiérarchie des valeurs, équilibre spontané. On n'y pourrait parvenir que par des moyens détournés, en mettant en œuvre les lois économiques elles-mêmes. Et, en réalité, voilà le problème de l'interventionnisme posé dans toute son étendue. L'interventionnisme naïf s' imagine arriver à ses fins en édictant des lois, il est non seulement stérile mais dangereux. La réglementation ne porte ses fruits que si elle sait tenir compte des lois économiques, c'est-à-dire des lois sociales objectives. Le seul interventionnisme profitable est surtout affaire d'observation et de science. Appuyé sur la connaissance des principes objectifs particuliers à chaque matière, il pourrait plus facilement hâter la solution de tous les conflits, et plus rapidement rétablir l'ordre social compromis.

Par là *se trouve démontrée l'inutilité de toute loi purement politique dans le domaine de l'organisation sociale. Le principe de la souveraineté nationale trouve ainsi ses limites.* Il ne s'agit plus de légiférer, mais de connaître. Et si la loi politique peut encore subsister en raison de sa commodité, ce sera seulement pour entériner, pour enregistrer les lois

sociales objectives. Hors de là il n'y a que confusion, et discussions stériles. *Malgré la définition traditionnelle la loi ne peut plus être ici « l'expression de la volonté nationale ».* Elle est tout au contraire l'expression d'une *nécessité qui ressort des choses elles-mêmes.*

Est-ce à dire pourtant que la loi politique devienne ainsi absolument sans objet et que tout doive se ramener à la connaissance des principes de la statique sociale ? Cette exagération en sens contraire comporte elle aussi ses dangers. Elle aurait pour conséquence de supprimer toute activité sociale. Car, de même que les individus, les sociétés pour subsister, pour éviter la torpeur et l'engourdissement, ont besoin de poursuivre un but. Ce but commun où viennent s'achever les aspirations du plus grand nombre, constitue, comme on l'a bien des fois répété, la base de toute unité nationale réelle. Lorsqu'il s'agit de ces aspirations la loi politique retrouve tout son empire.

Toute difficulté doit donc à nos yeux se résoudre par une distinction. S'agit-il d'organisation sociale et juridique, de principes touchant aux institutions telles que les pouvoirs de l'Etat, la famille, la propriété, le contrat, le régime de l'industrie et du commerce ? Ce sont les lois sociales objectives que l'on doit suivre. Et ces lois doivent former par suite la matière du droit civil et d'une partie du droit public. S'agit-il au contraire de s'entendre pour régler les destinées du pays, de savoir dans quelle voie la nation doit s'engager, c'est à la volonté nationale, c'est au suffrage universel, de répondre. Telle et en dernière analyse la sphère nettement limitée de son application.

Mais pourquoi dans ce dernier cas la volonté nationale sera-t-elle souveraine ? Répondons tout d'abord qu'elle est ici souveraine dans le silence des lois sociales objectives. Ce n'est plus affaire de connaissance, mais bien de volonté. Donc sans aucun sophisme et sans aucun danger, la volonté du plus grand nombre doit être appelée à décider. Cependant là encore ne pourrait-on pas dire qu'il y a oppression de la majorité à l'égard de la minorité, et que c'est le triomphe de la force ? Dans le domaine les lois sociales

objectives l'oppression est indéniable parce qu'il y a un droit objectif, et que ce droit peut être du côté de la minorité. D'ailleurs nulle autorité ne saurait ici être légitime puisque ce n'est pas par voie de pure autorité que l'on doit procéder. Tout au contraire quand il est question des destinées communes du pays, le principe des majorités se justifie sans peine. Accorder à la minorité un droit équivalent à celui de la majorité, serait rendre toute action commune impossible. Bien plus ce serait accorder à la minorité après l'avoir dénié à la majorité, le pouvoir d'oppression. Car une volonté en vaut une autre. La minorité doit donc céder à la majorité ou se séparer d'elle, sans pouvoir empêcher la majorité de poursuivre le but qu'elle se propose librement. En un mot la minorité doit ici « se soumettre ou se démettre » par une conséquence nécessaire des principes juridiques eux-mêmes.

Il convient de voir maintenant quelles seront les conséquences pratiques de cette doctrine, et d'envisager très rapidement si, en vue de son application, il ne serait pas nécessaire de faire subir quelques modifications à notre organisation parlementaire actuelle.

*
* *

La première remarque qui vient à l'esprit est que notre distinction entre la loi politique et la loi d'organisation sociale, très nette dans la théorie, pourrait bien difficilement s'appliquer telle quelle dans le domaine des réalités concrètes. Y a-t-il des lois purement politiques ? Y a-t-il des lois de pure organisation sociale ? Rien ne paraît plus douteux. Les deux éléments se mêlent en fait dans la plupart des lois. Quelle est en effet la loi d'organisation sociale où un idéal d'ordre politique ne sera pas contenu au moins d'une manière implicite ? Inversement quelle est la loi politique qui ne supposera pas quelque modalité de l'organisation sociale ? Les destinées d'un pays sont liées à son organisation sociale, au point qu'il est impossible d'éta-

blir une démarcation précise. Sans doute on pourra dire que telle loi présente plutôt un caractère politique, que telle autre par contre se rapporte plutôt à l'organisation sociale. Mais aller plus loin serait s'exposer à recevoir le démenti de l'expérience.

Ce point comporte d'autant plus d'intérêt qu'on ne peut guère admettre la compétence unique d'une seule et même autorité pour s'occuper à la fois du point de vue politique et de celui de l'organisation sociale. On n'hésitera pas à charger le Parlement de décider sur tout ce qui touche aux destinées du pays. Mais on ne saurait lui confier également la mission d'étudier et de formuler les lois sociales objectives. Certes nous savons bien que le Parlement à l'heure actuelle ^{*}(reconnaissant implicitement notre distinction entre deux sortes d'éléments contenus dans la loi), accorde une importance de plus en plus considérable aux commissions. Il en forme dans son sein, il en constitue quelquefois en dehors de lui (les commissions extra-parlementaires) enfin, il lui arrive même de faire appel dans une certaine mesure au concours des techniciens. Cet effort est louable. *Mais le rôle essentiel du Parlement n'en est pas moins uniquement d'exprimer la volonté nationale.* Il y est appelé et par la Constitution, et par sa nature propre et surtout par son mode de formation. Le Parlement est une assemblée délibérante et non pas une réunion de savants ¹. Les membres en sont élus sans aucune garantie d'aptitude, d'après la confiance et les sympathies qu'ils inspirent bien plus que pour leurs connaissances techniques. Il faudrait donc en dehors du Parlement constituer un comité composé de techniciens, d'économistes et de juristes. Leur fonction *ne serait pas de s'entendre sur des principes, mais de noter des faits et d'en dégager les lois suivant une méthode rigoureusement scientifique.* Aussi devraient-ils se

1. Peut-être remarquera-t-on quelques analogies entre ces idées et celles de Saint-Simon. (Not. *Lettres à un Américain et Système industriel*). Mais d'abord nous conservons au Parlement un rôle essentiel. Ensuite l'organisation du Comité dont nous parlons plus loin ne répond pas tout à fait à ce que rêvait Saint-Simon,

tenir sans cesse au courant des variations qui se produisent dans les relations industrielles et commerciales.

Nous n'avons pas ici à régler jusque dans les détails la manière dont ce Comité devrait être constitué. Quelques indications suffiront sans doute pour marquer le caractère que nous voudrions lui attribuer. Il y aurait d'abord semble-t-il un assez bon parti à tirer de nos Chambres de Commerce. Présentement elles ne sont que de simples intermédiaires entre le commerce et l'administration. Elles n'ont qu'un rôle purement consultatif. Il serait possible, peut-être de les modifier et de les adapter à une fonction plus précise. Le travail du Comité pourrait en effet être préparé et grandement facilité par des communications nettement circonstanciées qui lui seraient adressées à chaque instant par ses Chambres de Commerce. Ainsi se formerait (véritable laboratoire de la vie économique et juridique) une vaste hiérarchie grâce à laquelle s'édifierait progressivement la science des rapports sociaux. La tâche du Comité serait notamment de diriger les efforts, de coordonner les résultats et par là d'imposer à toutes les recherches une certaine unité.

Sans doute il existe déjà des Conseils chargés de faciliter et de préparer l'œuvre du législateur et l'action du gouvernement : en particulier le Conseil supérieur du Commerce et de l'industrie qui s'occupe des questions relatives aux tarifs douaniers, à la navigation, à la colonisation, etc — le comité des arts et manufactures dont les attributions concernent surtout les établissements dangereux et insalubres et les brevets d'invention — le Conseil supérieur du travail dont l'objet est l'étude des questions relatives aux salaires, aux syndicats, à la réglementation du travail, aux institutions de prévoyance, aux coopératives. Mais d'abord ces Conseils ne siègent pour la plupart que par intermittence. Ensuite ils ne font pas tous une part assez large à la compétence technique. Enfin leur rôle se borne toujours à émettre des avis et des vœux. Sur eux le Comité dont nous parlons aurait le triple avantage d'être permanent, exclusivement technique et chargé de se prononcer par lui-même.

Peut être aussi (tout en laissant subsister les syndicats actuels comme organes de défense des intérêts professionnels) pourrait-on espérer beaucoup de nouvelles organisations syndicalistes et fédéralistes qui au lieu de constituer des instruments de luttes politiques, comme beaucoup de syndicats actuels, auraient pour unique but de favoriser le développement de la vie commerciale et industrielle — de la vie juridique et sociale. Ces organismes auraient à étudier avec la plus grande exactitude les conditions et les besoins de l'industrie et du commerce. Ainsi basée sur la connaissance immédiate des faits d'où il ne s'agirait plus que de dégager les relations nécessaires, c'est-à-dire les lois sociales objectives, la science du droit, comme les autres sciences, trouverait un appui solide dans l'observation et l'expérience. Une vive lumière serait projetée sur des questions qui jusqu'ici se sont débattues souvent dans une demi-obscurité — favorable aux intrigues de minorités pour la plupart sans scrupule.

Si l'on veut bien admettre l'exactitude de ces considérations, il ne restera plus qu'à préciser les rapports de ce Comité avec le Parlement. Si l'on pouvait séparer la loi purement politique de la loi d'organisation sociale, le problème serait facile : il suffirait de dire que Parlement et Comité resteront chacun dans leur sphère d'action. Mais nous avons vu qu'il ne saurait en être ainsi. Dans ces conditions de fait, quel est donc le parti qu'il convient de choisir ?

On pourrait tout d'abord songer à dire que le Parlement aura pour mission de poser les principes politiques et que le Comité en réglera les détails d'application en vue de l'organisation sociale. Ce serait en somme prendre pour base en l'adaptant à des conditions nouvelles à peu près la distinction actuelle entre la loi proprement dite et le règlement. Mais ce compromis est peu satisfaisant. Il donnerait en effet aux principes politiques une prééminence peut être assez mal justifiée. Par contre il réduirait les principes d'organisation sociale à un état d'infériorité.

Inversement on pourrait admettre que le Comité préparera les lois en se plaçant uniquement au point de vue de

l'organisation sociale et que le Parlement sera ensuite appelé à voter. Bien que supérieure à la précédente, cette procédure ne donne pas encore toute satisfaction. Sans doute on aurait l'assurance que dans ces conditions la loi serait bien faite. Mais d'abord il y a lieu d'envisager la possibilité d'une obstruction systématique du Parlement. En second lieu, la tutelle où serait ainsi tenu le Parlement est inconciliable avec le rôle qu'il serait appelé à remplir en faisant connaître la volonté nationale.

Il vaut donc mieux à notre avis se prononcer en faveur de la collaboration la plus étroite entre le Parlement et le Comité. A celui-ci serait dévolu à peu près le rôle de nos commissions d'initiative parlementaire actuelles avec la garantie de sa plus haute compétence technique. De plus, même les projets du gouvernement, et les amendements devraient être préalablement soumis au Comité et approuvés par lui, ce qui supprimerait absolument la possibilité d'un vote direct du Parlement. Et dès lors il serait sans doute praticable de supprimer sans grand danger l'une des deux chambres.

Telles nous paraissent être les réformes utiles. Et nous croyons que les faits d'eux-mêmes s'orientent dans ce sens. Les organisations techniques tendent aujourd'hui à se substituer progressivement à un régime purement politique. Au lieu de laisser ces organisations travailler pour ainsi dire en marge des pouvoirs politiques, il vaudrait mieux sans doute donner à ces institutions l'autorité et la direction stable dont elles ont besoin et les adapter le mieux possible dès maintenant à la fonction que l'avenir en dépit de tous les obstacles les appellerait finalement à remplir.

CONCLUSION

Toute notre exposition fut dominée par quelques idées dont il peut être utile en terminant de marquer les formules essentielles.

La loi au sens moderne, c'est-à-dire comme expression de la volonté nationale, date seulement de la Révolution française. C'est Rousseau qui, le premier, dans le *Contrat social* en a donné la théorie. D'après les conceptions anciennes la loi était l'œuvre de la raison, elle reposait sur le droit naturel. Depuis Rousseau et la Révolution française la loi dérive uniquement de la volonté des citoyens. Il ne faut donc pas dire « telle est la loi parce qu'il est juste et raisonnable qu'il en soit ainsi », mais bien « telle est la loi parce que la majorité l'a voulu ainsi ». On ne doit plus parler d'un droit supérieur à la loi, ou même simplement distinct de la loi. La loi est à elle-même sa propre justification. On aboutit ainsi au règne de la loi qui en même temps est le règne de la force.

Or sans aucun doute c'est à certains égards un progrès sur la conception ancienne du droit naturel. Mais ce n'est qu'une étape vers la vérité. Le principe de la loi ne peut pas être toujours légitimement dans la volonté des citoyens, c'est-à-dire en somme dans la force du plus grand nombre. Déjà les théoriciens du droit réagissent à leur manière contre la conception pure de la Révolution française, contre la conception volontariste de la loi. On tend, aussi bien dans le droit public que dans le droit privé, à reconnaître l'existence d'un droit objectif, résultant de la vie juridique même et des conditions du milieu social. Sous l'influence des complications de la vie sociale moderne et d'une multipli-

cation considérable des rapports nationaux et internationaux, il devient nécessaire d'admettre l'existence de lois sociales objectives contre lesquelles la volonté du plus grand nombre ne peut rien et qu'on ne parvient à connaître que par l'observation scientifique des faits. La sphère où la loi politique peut et doit subsister se trouve ainsi nettement restreinte : elle se réduit aux aspirations de la majorité vers de communes destinées.

Montesquieu dans l'*Esprit des lois* posait le principe de la *séparation des pouvoirs*. Le principe qu'il conviendrait de poser aujourd'hui est celui de la *séparation des compétences*. La volonté des citoyens, souveraine lorsqu'il s'agit de prendre une décision sur les destinées communes à la nation entière, n'a plus aucun rôle à jouer lorsqu'il s'agit de connaître les lois par lesquelles sont régis les faits sociaux et juridiques. Puisqu'elles sont du même ordre que les lois qui régissent les phénomènes physiques, chimiques et biologiques, c'est par des procédés semblables qu'on doit les déterminer. « Les lois, disait Montesquieu, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses. » Cette formule est toujours vraie, si l'on veut bien en écarter les vestiges de la doctrine du droit naturel qui hantent encore la pensée de son auteur. Le suffrage universel, si respectable qu'il puisse être, doit céder devant la science de principes qui le dépassent. Grâce à cette limitation de la loi politique, toute confusion et toute obscurité se trouveraient dissipées, et l'on pourrait s'avancer sans crainte sur les routes de l'avenir.

Vu :

Le Doyen,

L. JOSSERAND.

Vu, le président de la thèse,

E. BOUVIER.

Vu et permis d'imprimer :

*Le Recteur de l'Académie
de Lyon,*

L. JOSSERAND

